

## ESTUDIOS

### LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES\*

#### Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno la Asociación Española de Defensa de la Competencia

JOSÉ MASSAGUER<sup>1</sup>

con la colaboración de

FRANCISCO MARCOS<sup>2</sup>

AUREA SUÑOL<sup>3</sup>

#### Resumen

Tras una breve exposición de las novedades y exigencias de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, a la vista del vigente Derecho español contra la competencia desleal, se analizan las modificaciones precisas y más plausibles para transponer la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico. Se examinan las opciones político-legislativas y sistemáticas existentes al efecto y los preceptos de las leyes que configuran el régimen vigente de la represión de la competencia desleal en España que habrán de ser necesariamente reformados. Se indican los preceptos vigentes que deben ser modificados y el sentido y alcance de su reforma. Las conclusiones más relevantes de este informe son las siguientes:

1. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (DPCD) debe incorporarse mediante una reforma de la legislación interna contra la competencia desleal, principalmente la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD).

---

\* Palabras Clave: Derecho de la Competencia, Derecho contra la Competencia Desleal, Prácticas Comerciales Desleales, Prácticas Comerciales Engañosas, Prácticas Comerciales Agresivas, Acciones y Procedimiento contra las Prácticas Comerciales Engañosas, Derecho Comunitario.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra – Profesor del Área Jurídica, Instituto de Empresa.

<sup>2</sup> Profesor del Área Jurídica, Director, Observatorio de Política de la Competencia, Instituto de Empresa.

<sup>3</sup> Profesora Ayudante de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra.

2. La transposición de la DPCD mediante una ley especial sería muy inoportuna y supondría la introducción de un modelo de regulación subjetivamente fragmentado, artificial y complejo, que confundiría el panorama normativo, con grave riesgo para la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.

3. La transposición de la DPCD debe conducir a superar la artificial ordenación singular de la publicidad ilícita y de la acción por publicidad ilícita, que se ha demostrado muy pernicioso en la práctica (con gran peligro para la seguridad jurídica y la justicia material).

4. El carácter de «Directiva de máximos» de la DPCD exige expurgar nuestro Derecho de la competencia desleal (LCD, Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y, eventualmente, normas autonómicas) de aquellas normas que introduzcan un régimen más severo y riguroso para las prácticas comerciales de las empresas en su relación con los consumidores del contenido en la DPCD.

*ÍNDICE: 0. Introducción.–1. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales: 1.1 Ámbito de aplicación de la Directiva. 1.2 Principios generales. 1.3 La prohibición general de las prácticas comerciales desleales. 1.4 Las prácticas comerciales engañosas. 1.5 Las prácticas comerciales agresivas. 1.6 Medios de represión y sanciones. 1.7 Códigos de conducta.–2. El Derecho contra la competencia desleal vigente en España: 2.1 Ley de Competencia Desleal. 2.2 La Ley General de Publicidad. 2.3 Ley de Ordenación del Comercio Minorista. 2.4 La LGDCU. 2.5 La normativa autonómica de protección de consumidores y usuarios y de comercio interior.–3. Las opciones político legislativas y sistemáticas para la transposición de la Directiva: 3.1 La opción entre la incorporación de la DPCD por medio de una ley especial o la reforma de la normativa vigente contra la competencia desleal vigente. 3.2 La facultad de incorporar al ordenamiento interno la partición subjetiva del régimen comunitario de la represión de la competencia desleal. 3.3 Los inconvenientes de establecer un modelo de regulación subjetivamente fragmentada de la represión de la competencia desleal en el Derecho español. 3.4 Superación de la dualidad de régimen para los actos de competencia desleal y para la publicidad ilícita contenida en nuestra legislación interna. 3.5 Recapitulación: la regulación unitaria en la transposición de la DPCD.–4. Las reformas sustantivas necesarias para transponer la Directiva: 4.1 La reforma de la Ley de Competencia Desleal. 4.2 Especial consideración a ciertas disposiciones de la LCD que no parece preciso revisar. 4.3 Disposiciones de la LCD que deben reformarse. 4.4 La reforma de la LGP: derogación de determinados preceptos de la LGP. 4.5 La reforma de la LOCM. 4.6 Consideraciones respecto de otras normas afectadas.–5. Referencias.–6. Lista indicativa de la legislación estatal directamente afectada por la transposición de la DPCD.–7. Tabla I. Correlación de las disposiciones de la DPCD de necesaria transposición.–8. Tabla II. Otras disposiciones que la DPCD faculta a adoptar.*

---

## 0. INTRODUCCIÓN

---

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante DPCD)<sup>4</sup> deberá ser incorporada a nuestro ordenamiento antes del 12 de junio de 2007.

Este trabajo tiene por objeto examinar los principios y contenidos de la DPCD (infra § 2) para, tras describir el vigente Derecho contra la competencia desleal (infra § 3), estudiar las cuestiones con las que el legislador español se ha de enfrentar para la transposición de la DPCD al ordenamiento interno y, en particular, exponer y valorar las opciones sistemáticas y técnico-legislativas de que dispone a este efecto (infra § 4) así como las modificaciones que, a nuestro juicio, deberían realizarse en las distintas disposiciones que componen la legislación española contra la competencia desleal (infra § 5). Las modificaciones propuestas y las disposiciones afectadas se enumeran en las Tablas anejas.

---

## 1. LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

---

La DPCD constituye, no obstante la parcialidad con la que ha emprendido la regulación de esta materia, una pieza fundamental de la legislación comunitaria contra la competencia desleal que, en su ámbito de aplicación, trata de poner fin al insuficiente y, por ello, también insatisfactorio nivel de armonización todavía existente al respecto<sup>5</sup>.

---

### 1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

---

El objeto de la armonización que establece la DPCD no comprende todos los actos de competencia desleal, si no sólo las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores<sup>6</sup> y, además, sólo aquellas de estas prácticas que perjudiquen de forma directa los intereses económicos de los consumidores<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> DOCE núm. L 149/22, de 11 de junio de 2005.

<sup>5</sup> Estructuralmente, la DPDC consta de un preámbulo (compuesto por veinticinco considerandos), veintidós artículos y dos anexos. Sus preceptos se agrupan en cuatro capítulos, dedicados respectivamente, a las disposiciones generales (a través de las que, entre otros extremos, se fijan el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva así como se introduce una cláusula de mercado interior), a las prácticas comerciales desleales, a los códigos de conducta, y a los remedios y sanciones, así como a la modificación de ciertas directivas que versan sobre materia relacionada con la propia DPDC. En general, para una reflexión sobre la DPDC y los cambios que conlleva en el derecho contra la competencia desleal, véanse COLLINS (2004 y 2005), FERNÁNDEZ NOVOA (2006), GÓMEZ POMAR (2006), GONZÁLEZ VAQUE (2005A y 2005B), GRASSIE (2006), LÓPEZ (2006), MASSAGUER (2006).

<sup>6</sup> Artículo 3.1 de la DPCD.

<sup>7</sup> Artículo 1 de la DPCD.

Desde un punto de vista objetivo, la DPCD es de aplicación a las «prácticas comerciales», que son todos los actos, omisiones, conductas, manifestaciones y comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles y los derechos y obligaciones<sup>8</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación de la DPCD sólo comprende las prácticas comerciales que realizan las empresas o comerciantes precisamente en su relación con los consumidores, y no en su relación con otras empresas o comerciantes.

Finalmente, la armonización no se extiende a todas las prácticas comerciales realizadas en la relación entre empresas y consumidores, sino sólo a aquellas que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses económicos de los consumidores<sup>9</sup> (y no a aquellas que sólo afectan los intereses de las empresas, aunque se realicen en la relación entre empresas y consumidores). En particular, los intereses económicos de los consumidores considerados en este contexto son la libertad o autonomía y racionalidad de sus decisiones sobre transacciones económicas, entendidas como las decisiones sobre la contratación de un determinado bien o servicio, sobre los términos de esa contratación o sobre el ejercicio de un derecho<sup>10</sup>. En consecuencia, la protección de otros intereses de los consumidores, típicamente objeto de la promoción y tutela legal, como son los intereses relacionados con su salud y seguridad, han quedado fuera de los objetivos y del ámbito de aplicación de la DPCD, que por ello no se extiende a las prácticas comerciales de las empresas que puedan perjudicar estos intereses, a menos que puedan perjudicar también sus intereses económicos.

---

## 1.2 PRINCIPIOS GENERALES

---

La DPCD responde a los siguientes principios generales:

1. La DPCD tiene su fundamento en el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea. Por tanto, es una medida para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, orientada tanto a la eliminación de los obstáculos a las actividades transfronterizas relacionadas con el comercio de mercancías y servicios y con la libertad de establecimiento, como a la eliminación de las distorsiones de la competencia que derivan de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en esta materia<sup>11</sup>.

2. Sin perjuicio de lo anterior, la DPCD se integra igualmente en el ámbito de la acción legislativa comunitaria en materia de defensa de los consumidores, y así se concreta tanto en su orientación político-legislativa como en su encuadramiento en el ordenamiento comunitario y en la construcción y contenido sustantivo de sus normas.

---

<sup>8</sup> Artículos 2.c) y d) de la DPCD.

<sup>9</sup> Artículo 1 *in fine* de la DPCD.

<sup>10</sup> Cdos. 6 y 7 del Preámbulo y artículo 2.e) de la DPCD.

<sup>11</sup> Cdos. 3 a 5 del Preámbulo de la DPCD.

3. De ello resulta que el Derecho comunitario en materia de represión de prácticas comerciales desleales se ha fragmentado en dos grupos de disposiciones, contruidos en función de los sujetos cuyos intereses resultan o pueden resultar afectados por las prácticas consideradas:

– Un grupo de disposiciones relativas a las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y en perjuicio de sus intereses económicos, y

– Un grupo de disposiciones relativas a las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y en perjuicio sólo de los intereses de otras empresas (y no de los consumidores)<sup>12</sup>, así como a las realizadas por las empresas en sus relaciones con otras empresas<sup>13</sup>.

4. En su limitado ámbito de aplicación, la DPCD es una directiva marco, esto es, es una norma de armonización general, que no se aplica a los aspectos particulares de las prácticas comerciales desleales que son objeto de una regulación comunitaria específica, cuyas soluciones, en consecuencia, han de prevalecer sobre las previstas en la DPCD<sup>14</sup>.

5. La DPCD es, además, una directiva de máximos y, como tal, establece una armonización plena, por lo que los Estados miembros no pueden incluir en sus legislaciones internas normas más estrictas que las de la DPCD en relación con las conductas comprendidas en su ámbito de aplicación<sup>15</sup>.

6. La DPCD ha renunciado a establecer un principio de control en origen y, en su lugar, se ha contentado con establecer una cláusula de mercado interior, que se limita a impedir que en un Estado miembro pueda prohibirse una práctica comercial por ser desleal si es conforme a las previsiones de la propia Directiva.

7. La DPCD establece un régimen sustantivo completo, que consta de una prohibición general de prácticas comerciales desleales (art. 5 de la DPCD), ulteriormente desarrollada y concretada por las prohibiciones específicas de las prácticas comerciales engañosas (arts. 6 y 7 de la DPCD) y de las prácticas comerciales agresivas (arts. 8 y 9 de la DPCD), que a su vez se completan con una relación de prácticas engañosas y agresivas consideradas desleales per se en el Anexo I de la DPCD. Asimismo, la DPCD establece los elementos básicos de un régimen armonizado de medidas de prevención y represión de las prácticas comerciales desleales, tanto de las acciones como de las reglas de procedimiento, así como la previsión de que los Estados miembros pueden igualmente prever sanciones contra las prácticas comerciales desleales.

<sup>12</sup> Cdo. 6 del Preámbulo de la DPCD.

<sup>13</sup> El primero se encuentra configurado por la DPCD y otras normas relacionadas con su aplicación. El segundo de los bloques actualmente sólo consta de la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y comparativa (en adelante DPEC).

<sup>14</sup> Véase Cdo. 10 del Preámbulo de la DPCD.

<sup>15</sup> Artículos 1 y 3.1 de la DPCD. Este principio general de armonización plena conoce, no obstante, una excepción de carácter transitorio (hasta junio de 2013): durante un período de seis años desde la fecha límite para su incorporación a Derecho interno, los Estados miembros podrán seguir aplicando normas internas que establezcan previsiones más restrictivas que las dispuestas en la DPCD. Artículo 2.5 de la DPCD.

---

### 1.3 LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

---

La DPCD ha establecido una prohibición general de las prácticas comerciales desleales que se espera que sea incorporada, en su caso, en lugar de las vigentes prohibiciones o cláusulas generales, en las leyes de los Estados miembros contra las prácticas comerciales desleales<sup>16</sup>.

La prohibición general es una norma sustantiva que, por tanto, puede ser directamente infringida y directamente aplicada para adoptar las medidas de defensa y sanciones previstas en la legislación interna de transposición contra las prácticas comerciales desleales. Asimismo, y desde un punto de vista sistemático, la prohibición general deja caracterizado el ilícito de deslealtad como ilícito de naturaleza objetiva, de peligro y, a nuestro modo de ver, extracontractual (aun cuando pueda producirse en el marco del desenvolvimiento de relaciones contractuales).

La prohibición general comprende:

1.º La conducta sometida a la prohibición, que son las prácticas comerciales realizadas por las empresas en su relación con los consumidores.

2.º El estándar jurídico al que debe ajustarse dicha conducta y en cuya infracción se asienta el juicio de desvalor que justifica el reproche de deslealtad, que son los requisitos de la diligencia profesional, cuya definición remite al nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante<sup>17</sup>.

3.º Y, finalmente, el efecto real o potencial de las prácticas comerciales (contrarias a las exigencias de la diligencia profesional) sobre el comportamiento de los consumidores, de cuya concurrencia depende igualmente la formulación del reproche de deslealtad, que es la distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor medio, del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica enjuiciada o del miembro medio del grupo de consumidores especialmente vulnerables al que afecta la práctica enjuiciada.

---

### 1.4 LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS

---

La DPCP prohíbe por separado y de forma autónoma dos categorías de prácticas comerciales engañosas: las prácticas comerciales engañosas por acción y las prácticas comerciales engañosas por omisión.

La primera categoría comprende tanto las prácticas engañosas en sentido estricto, esto es, las prácticas que consisten en la difusión de datos falsos o de datos que aún sin ser falsos inducen, sin embargo, a error en ambos casos sobre algunos de los extremos típicamente relevantes (taxativamente listados en la DPCD) para la toma de decisiones sobre transacciones por parte de los consumidores<sup>18</sup>, como ciertos supues-

---

<sup>16</sup> Cdo. 13 del Preámbulo de la DPCD.

<sup>17</sup> Artículo 2.h) de la DPCD.

<sup>18</sup> Artículo 6.1 de la DPCD.

tos de confusión<sup>19</sup>, la publicidad comparativa<sup>20</sup> y el incumplimiento de códigos de conducta o de autorregulación en ciertos casos<sup>21</sup>. Su determinación y prohibición se ha completado con una «lista negra», esto es, con una relación de prácticas comerciales que se consideran engañosas «en cualquier circunstancia», contenida en el Anexo I de la DPCD, que los Estados miembros deben asumir íntegramente y no pueden modificar<sup>22</sup>.

La segunda categoría, por su parte, se ha configurado por referencia a la información sustancial que no se proporciona al consumidor o que se enmascara u oculta respecto del bien o servicio que se promociona, vende o suministra y que le puede llevar a tomar una decisión sobre una transacción sin pleno conocimiento de causa; lo que en este contexto significa adoptar una decisión que de otro modo no habría tomado (sin necesidad de que exista la posibilidad de que la omisión de información sustancial lleve a un error)<sup>23</sup>.

---

### 1.5 LAS PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS

---

Las prácticas comerciales agresivas de la DPCD combinan la indebida presión de compra y las prácticas molestas<sup>24</sup>. Este tipo de prácticas comerciales se caracterizan por los medios empleados para influir en las decisiones de los consumidores acerca de las transacciones en el mercado y, en particular, por la utilización para ello de un acoso, coacción o influencia indebida; y, además, por la aptitud del empleo de estos medios, en el caso considerado, para mermar de forma importante la libertad de elección de los consumidores. La prohibición se completa con una relación de prácticas comerciales consideradas agresivas en todo caso, que contiene el Anexo I de la DPCD y que igualmente debe ser incorporada tal cual en la legislación interna de los Estados miembros.

---

### 1.6 MEDIOS DE REPRESIÓN Y SANCIONES

---

La DPCD exige a los Estados miembros que establezcan los medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales que se consideren oportunos, debiendo reconocerse en todo caso una amplia legitimación activa individual o colectiva no sólo a los consumidores sino también a todas las personas que, con arreglo a la legislación interna, ostenten un interés legítimo, incluidos los competidores<sup>25</sup>, así como una amplia legitimación pasiva que comprende la posibilidad de presentar acciones contra varias empresas que realicen una misma práctica o contra asociaciones responsables de códigos de conducta (autorregulación) que alienten la

---

<sup>19</sup> Artículo 6.2.a) de la DPCD.

<sup>20</sup> Artículo 6.2.a) de la DPCD.

<sup>21</sup> Artículo 6.2.b) de la DPCD.

<sup>22</sup> Artículo 5.5 y Cdo. 17 del Preámbulo de la DPCD.

<sup>23</sup> Artículo 7.1 y 2 de la DPCD.

<sup>24</sup> Artículos 8 y 9 de la DPCD.

<sup>25</sup> Artículo 11 de la DPCD.

realización de prácticas comerciales desleales con la interpretación y aplicación que de ellos hacen<sup>26</sup>.

Entre esos remedios se encontrarán necesariamente la orden de abstenerse de continuar una práctica actualmente ejecutada y la prohibición de realizar una práctica sólo preparada y de ejecución inminente. Asimismo se prevé que a ellos se puedan añadir la publicación de la sentencia o resolución administrativa que ordene la cesación, así como la publicación de informaciones correctoras.

Además, los Estados miembros deberán también prescribir sanciones (esto es, medidas administrativas de carácter sancionador o incluso medidas penales) para disuadir del incumplimiento de las disposiciones nacionales que traspongan la DPCD<sup>27</sup>.

---

## 1.7 CÓDIGOS DE CONDUCTA

---

Finalmente, la DPCD reconoce a los Estados miembros la posibilidad de reconocer y fomentar los códigos de autorregulación en esta materia, siempre y cuando el recurso a los mecanismos de solución de conflictos que en ellos se prevean no excluya las acciones judiciales o administrativas que el ordenamiento proporciona para luchar contra las prácticas comerciales desleales<sup>28</sup>.

---

## 2. EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL VIGENTE EN ESPAÑA

---

La legislación española contra la competencia desleal comprende actualmente una pluralidad de normas, entre las que ahora interesa destacar aquellas que de forma más o menos intensa resultan afectadas por la DPCD<sup>29</sup>, como son la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), la Ley 26/1989, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) y las diversas leyes autonómicas relativas a la protección de los consumidores y a la ordenación del comercio interior.

---

### 2.1 LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

---

La LCD establece una regulación completa de la represión de la competencia desleal y, en su conjunto y como permite apreciar la aplicación de que ha sido obje-

---

<sup>26</sup> Artículo 11 de la DPCD.

<sup>27</sup> Artículo 13 de la DPCD.

<sup>28</sup> Artículo 10 de la DPCD.

<sup>29</sup> Excluimos del análisis, aunque es preciso mencionarlo, aquéllos casos en los que una práctica comercial pueda constituir un ilícito de defensa de la competencia. véase art. 7 de la todavía vigente Ley 16/1989, de 19 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).



to por los tribunales de justicia, destaca por su coherencia sistemática, modernidad, eficacia y nivel técnico. Consta de unas normas generales, que fijan su finalidad y ámbitos objetivo, subjetivo y territorial de aplicación (arts. 1 a 4 LCD); de una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, de carácter objetivo y basada en el principio de la buena fe (art. 5 LCD); de un elenco de actos de competencia desleal específicos y, en particular, de los actos de confusión, de engaño, de obsequios, primas y supuestos análogos, de denigración, de comparación, de imitación, de explotación de la prestación ajena, de violación de secretos, de inducción a la infracción contractual, de violación de normas, de discriminación y dependencia económica y de venta a pérdida (arts. 6 a 17 LCD respectivamente). Estos actos generalmente se agrupan en tres categorías: actos de deslealtad contra los consumidores (aquellos que interfieren en el proceso autónomo y racional de toma de decisiones por los consumidores), contra los competidores (aquellos que comportan una obstaculización o aprovechamiento indebidos de la actividad o del esfuerzo ajenos) y contra el mercado (aquellos que ponen en peligro la *par conditio concurrentium* o la estructura y funcionamiento competitivos del mercado).

Finalmente, la LCD proporciona una regulación de las acciones y remedios (declaración de la deslealtad, cesación, remoción, rectificación de informaciones falsas o engañosas, resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto), de la legitimación activa y pasiva y de la prescripción (arts. 18 a 21 LCD) y algunas normas procesales, actualmente limitadas en lo esencial a la previsión de la posibilidad de acudir a diligencias de comprobación de hechos especiales para la preparación de la acción de competencia desleal (arts. 22 y 24 LCD).

---

## 2.2 LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD

---

### 2.2.1 Aspectos sustantivos y procedimentales de la represión de la publicidad ilícita

---

La LGP define la actividad publicitaria (art. 2 LGP) y los casos de publicidad ilícita (art. 3 LGP), que en particular, son la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la publicidad engañosa, la publicidad desleal, la publicidad subliminal y la publicidad contraria a la normativa específica de determinados productos, bienes, actividades o servicios (art. 8 LGP). En este elenco de casos de publicidad ilícita destaca la artificiosa diferenciación entre supuestos de publicidad engañosa (arts. 4 y 5 LGP), publicidad desleal (art. 6 LGP) y publicidad subliminal (art. 7 LGP). En particular, la publicidad desleal, como supuesto de publicidad ilícita, comprende la publicidad denigratoria, la publicidad que induce a confusión, algunas modalidades de publicidad parasitaria, la publicidad comparativa y una cláusula general basada, tras su reforma de 2002<sup>30</sup>, en la contravención de las exigencias de la buena fe y de las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

---

<sup>30</sup> Ley 39/2002, de 28 de octubre.

Asimismo, la LGP contiene un sistema propio, pero incompleto de acciones y normas procesales (arts. 25 a 32 LGP), entre las que destaca, por su singularidad y las dificultades para obtener una tutela judicial rápida y eficaz, el establecimiento de un requerimiento previo extrajudicial de cesación o rectificación como condición de procedibilidad para el ejercicio de algunas de las acciones (cesación y rectificación), así como la atribución de remedios consistentes en la cesación, rectificación, difusión de publicidad correctora y publicación de la sentencia, la ordenación específica de la acción de cesación, y el reconocimiento de la compatibilidad de estos remedios con cualesquiera otras acciones y sanciones previstas en el ordenamiento.

---

### 2.2.2 Las relaciones entre la LGP y la LCD en torno a la represión de la publicidad ilícita

---

La LCD y la LGP concurren en la represión de las actividades constitutivas de publicidad. En efecto, la publicidad, por su misma naturaleza, tiene la consideración de acto realizado en el mercado con finalidad concurrencial y, en cuanto la LCD predicó de sí misma su aplicación a la publicidad sin derogar (como debía haber hecho) la anterior LGP. Esta situación, agravada por las diferencias existentes en la definición de algunos ilícitos y sobre todo por las diferencias existentes en materia de acciones y procedimiento, ha dado lugar a un intenso debate en torno a la definición de las relaciones entre ambas leyes y, en particular, entre la acción y procedimiento por publicidad ilícita y la acción y procedimiento por competencia desleal.

Así, por una parte, se ha defendido la especialidad de la LGP<sup>31</sup>, que ha llevado a sostener la aplicación de la LGP y de sus acciones y procedimiento a la actividad publicitaria en detrimento de la LCD, admitiendo, en su caso, la posibilidad de contradicciones sustantivas entre una y otra norma, postura que ha encontrado eco en algunas resoluciones judiciales<sup>32</sup>. Por otra parte, se ha defendido la posibilidad de que ambas normas fueran aplicadas alternativa o incluso conjuntamente a los supuestos de actividad publicitaria, sin más ajuste que la interpretación de los preceptos de la LGP según las exigencias de la LCD allí donde pudiera haber conflicto, tesis que igualmente ha sido acogida por el Tribunal Supremo y antes por otras sentencias de Audiencia<sup>33</sup>.

La Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento español de la DPEC, sin embargo, ha obligado a revisar el análisis y entendimiento de las relaciones existentes entre ambas leyes. En efecto, esta reforma, a través de las que se incorporó al ordenamiento jurídico la Directiva sobre publicidad comparativa únicamente mediante la modificación de la LGP y por medio de la que además se introdujeron algunas modificaciones en la construcción de la publicidad denigratoria y en la prohibición

---

<sup>31</sup> Véanse. SSAP Valencia 6-III-1998 «profesionales facultados», Madrid 26-X-2004 «Telefónica de España, S. A. U. c. Tele 2 Communications Services, S. L.».

<sup>32</sup> Véanse SSAP Valencia 6-III-1998 «Colegio de Economistas de Valencia c. Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Valencia», 6-IX-2004 «AESEG c. Llily S. A.», Madrid 26-X-2004 «Telefónica de España, S. A. U. c. Tele 2 Communications Services, S. L.».

<sup>33</sup> Véanse STS 4-VII-2005 «Dinamic Multimedia, S. A. c. Digital Dreams Multimedia, S. A. y otros», o SSAP Madrid 18-II-2000 «Asociación Española de Productores de Huevos c. Fuertes, S. A.», Cádiz 9-I-2001 «confíe en profesionales de Ceuta», Madrid 4-III-2002 «ADIGRAM c. Bacardí-Martini, S.A.», Navarra 9-VIII-2002 «El Derecho Editores, S.A.C. Editorial Aranzadi, S.A.», Barcelona 18-II-2004 «Wirso España, S. A. c. Industrial Balnsol, S. A.».

general de la publicidad desleal de la LGP que se separaron del tratamiento de estas cuestiones en la LCD, se perfila como un argumento poderoso a favor de la especialidad de la regulación establecida en la LGP en materia de publicidad engañosa y desleal respecto de la establecida en la LCD.

---

## 2.3 LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

---

### 2.3.1 Aspectos sustantivos de la legislación sobre comercio minorista

---

La LOCM cuenta con varias disposiciones destinadas a garantizar la competencia y lealtad en la actividad comercial<sup>34</sup>. En efecto, la LOCM consta de disposiciones que regulan algunos comportamientos de mercado de los distribuidores y, en particular, ciertas conductas y estrategias de los distribuidores en su relación con consumidores (precios y actividades de promoción de ventas) que sistemática y sustantivamente pertenecen al ámbito del Derecho contra la competencia desleal.

En lo que aquí interesa, la LOCM pretende atajar aquellas prácticas comerciales que atraen la atención de los consumidores hacia prestaciones empresariales que pueden alterar su toma de decisión racional y reflexiva sobre la compra, sea por inducción al error, sometimiento a presión psicológica o influencia abusiva (venta con descuento, rebajas, venta de saldos, liquidaciones, ofertas señuelo, ventas con primas, ventas a distancia, ventas a domicilio, ventas en cadena o en pirámide). Los preceptos que se dedican a la regulación de estas prácticas son calificados por la Disposición final única de la LOCM, unos como de aplicación directa en todo el Estado por ampararse en competencias exclusivas o básicas del Estado, y otros de aplicación supletoria.

---

### 2.3.2 Las relaciones entre la LOCM y la LCD en torno a la represión de la competencia desleal

---

Las prácticas comerciales a las que se aplica la LOCM son conductas realizadas en el mercado con finalidad concurrencial y, por ello, están igualmente comprendidas en el ámbito objetivo de aplicación de la LCD. En efecto, las normas de conducta que la LOCM introduce versan sobre prácticas que se corresponden con actos de competencia desleal a los que la LCD dedica normas basadas en cláusulas generales, y las prohíben con carácter general (sin perjuicio de que igualmente se dispongan algunas excepciones). En cambio, las prohibiciones de la LOCM definen los respectivos ilícitos a partir de una determinación precisa de circunstancias de hecho que, según la experiencia, determinan normalmente que las conductas a las que se refieren sean

---

<sup>34</sup> Las disposiciones de la LOCM relativas del sistema de distribución de productos sólo son de aplicación en el ámbito de la distribución comercial minorista: actividad desarrollada profesionalmente, esto es, de forma habitual y organizada, consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a sus destinatarios finales (art. 1.2 LOCM).

objetivamente incompatibles con las exigencias de la buena fe y, en particular, que sean engañosas o bien que ejerzan una presión indebida sobre los consumidores.

De este modo, la normativa de ordenación del mercado minorista evita las dificultades que en la práctica van ligadas a la afirmación y represión de la deslealtad concurrencial a partir de cláusulas generales (como son tanto la prohibición de los actos de engaño como la propia cláusula general) y, en particular, los problemas de prueba ligados a la comprobación de que en el caso concurre un riesgo de inducción a error sobre un extremo relevante o influencia indebida adecuada para mover al consumidor a adoptar un comportamiento que de otro modo no habría observado y, desde un punto de vista práctico, la lentitud y los costes asociados a la reacción que supone la necesidad de iniciar un procedimiento judicial en vía civil<sup>35</sup>. Por otra parte, las normas de la LOCM limitativas de ciertas prácticas con finalidad concurrencial tienden a establecer los requisitos que, con carácter general, han de satisfacer para escapar al reproche de deslealtad. Desde esta perspectiva, los requisitos establecidos pueden tener una doble naturaleza: bien material, en cuyo caso la norma exige que el distribuidor minorista configure su actividad observando necesariamente determinadas pautas; o bien formal, en cuyo caso la norma sólo pide al distribuidor minorista la previa obtención de autorizaciones administrativas o, al menos, la previa realización de comunicaciones a las autoridades administrativas competentes (por ejemplo, arts. 26, 27.2, 29 y 34 LOCM).

---

## 2.4 LA LGDCU

---

La aproximación plural que el legislador español ha empleado para la regulación de las prácticas comerciales lleva a que también LGDCU contenga alguna norma que prohíba el engaño y la falsedad en la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios (art 8.3 LGDCU). Estas prácticas comerciales son sancionadas como fraude en materia de consumo<sup>36</sup>.

---

## 2.5 LA NORMATIVA AUTÓNOMICA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y DE COMERCIO INTERIOR

---

Las Comunidades Autónomas tienen asumida en sus respectivos estatutos de autonomía, y con un alcance u otro, la competencia en materia de comercio interior<sup>37</sup>, y en ejercicio de la cual han dictado disposiciones que prohíben ciertas prácticas

---

<sup>35</sup> Lo cual no está exento de fallos: la prohibición de las ventas a pérdida (art. 14 LOCM) trata de evitarlas de raíz la venta con pérdida por ser vehículo que en el comercio minorista sirve normalmente de cauce a las ofertas-señuelo y, así, al engaño sobre los precios, suprimiendo también de raíz las dificultades probatorias y el coste de aplicación efectiva que, en cambio, comportaría la represión de este supuesto como venta a pérdida en el marco del artículo 17.1.a) de la LCD.

<sup>36</sup> Artículos 34.4, 35 y 36 de la LGDCU. Algunas normas reglamentarias especifican las particularidades del fraude al consumidor respecto de determinados productos o servicios (así, por ejemplo, el art. 3 del RD 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria).

<sup>37</sup> Este panorama normativo se examina en MARCOS (2006).

comerciales, en particular ciertos tipos de venta, en la medida que se consideran susceptibles de inducir a error al consumidor. Se trata de normas que en su mayoría replican (sin que en algunos casos existan singularidades y soluciones originales) las prohibiciones establecidas en las normas estatales contenidas en la LOCM y, que en lo que a la regulación de la DPCD respecta, se refieren a la venta multinivel<sup>38</sup>, la venta piramidal o en cadena<sup>39</sup> y los «premios engañosos»<sup>40</sup>.

Asimismo, la legislación autonómica, al amparo de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de consumo, «refuerza» el régimen estatal al considerar infracciones susceptibles de sanción por las autoridades autonómicas de consumo tanto la publicidad engañosa<sup>41</sup> como la realización de prácticas que excluyan, distorsionen o disminuyan la libertad del consumidor para contratar una prestación<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Artículo 39 de la Ley 10/2002, del Principado de Asturias, de 19 de noviembre, de Comercio Interior.

<sup>39</sup> Artículo 40 de la Ley 10/2002, del Principado de Asturias; artículo 46.10 de la Ley 16/1999 de la Comunidad de Madrid, de 29 de abril, por la que se aprueban normas reguladoras de comercio interior; artículo 70 de la Ley Andaluza 1/1996, de 10 de enero de 1996, de comercio interior (reformada por Ley 6/2002); artículos 18 y 21.1.j) de la Ley Catalana 23/1991, de 29 de noviembre, que regula el comercio interior, artículos 43 y 47.22 de la Ley 4/1994 del Parlamento de Canarias, de 25 de abril, por la que se regula el comercio interior; art. 25 y 56.l) de la Ley 9/1989 de las Cortes de Aragón, de 5 de octubre, de Ordenación Comercial; art. 30 de la Ley 7/1994 del Parlamento Vasco, de 27 de mayo, que regula la actividad comercial y la ordenación y mejora de la estructura comercial.

<sup>40</sup> Artículo 92.k) 5 de la Ley Andaluza 1/1996, de 10 de enero de 1996, de comercio interior (reformada por Ley 6/2002) («El condicionamiento directo o indirecto de la entrega de un premio a la compra de otros productos»); artículo 20 de la Ley Catalana 23/1991, de 29 de noviembre, que regula el comercio interior («Cuando un comerciante comunica a cualquier consumidor que ha sido favorecido por sorteo con un premio o bien con la entrega de un obsequio, no puede condicionar directa o indirectamente la entrega efectiva de los citados premios u objetos a la compra de productos o servicios. Todos los sorteos destinados a premiar la participación voluntaria o involuntaria de consumidores deben estar autorizados por la autoridad competente.»); artículo 33. 2 de la Ley 7/1998 de la Junta de Castilla la Mancha, de 15 de octubre, de régimen jurídico del comercio minorista («La comunicación a una o más personas de que han sido agraciadas con un premio o la promesa de entrega de un obsequio no condicionada a la adquisición de un producto o servicio, impedirá que el comerciante pueda exigir la adquisición de un producto o servicio como condición para la entrega del obsequio»); artículo 31 de la Ley 7/1994 del Parlamento Vasco, de 27 de mayo, que regula la actividad comercial y la ordenación y mejora de la estructura comercial («artículo 31. Oferta de premios o regalos mediante sorteo. «Cuando un comerciante comunique a cualquier consumidor o usuario que ha sido agraciado por sorteo con un premio o bien con la entrega de un obsequio, no puede condicionar, directa o indirectamente, su entrega a la compra de productos o servicios»).

<sup>41</sup> Artículo 71.5.2.ª de la Ley 13/2003 del Parlamento de Andalucía, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; artículo 50.4.c) de la Ley 6/2003, del Parlamento Vasco, de 22 de diciembre, por la que se adopta el Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuaris, artículo 19. 1 de la Ley 11/2002, de 2 de Diciembre, de la Junta General del Principado de Asturias, de Protección del Consumidor. Artículos 14.1 y 40.3.f) Ley 3/2003 del Parlamento Canario, de 12 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; artículo 17 y 50.3 de la Ley 11/1998 de la Asamblea de Madrid, de 2 de julio, por la que se aprueban normas reguladoras sobre la protección del consumidor; artículo 16 de la Ley 12/1984 del Parlamento de Galicia, de 28 de diciembre, de protección del consumidor; artículo 43.1.14.ª de la Ley 8/1997 de las Cortes de Aragón, de 30 de octubre, que aprueba el Estatuto del Consumidor y Usuario; artículo 33.5 de la Ley 2/1987 de las Cortes Valencianas, de 9 de abril, por la que se aprueba el estatuto de consumidores y usuarios; artículos 3.g),h) e i), Ley 1/1990 de la Generalidad de Cataluña, de 8 de enero, sobre Disciplina del Mercado y Defensa de los Consumidores y Usuarios; art. 39.a) y c) de la Ley 10/1988 del parlamento de Galicia, de 20 de julio; artículos 37 y 48.f) de la Ley 8/1986 de las Cortes Valencianas, de 29 de diciembre y artículo 10 de la Ley 7/1994 del Parlamento Vasco, de 27 de mayo.

<sup>42</sup> LAN artículo 71.6.4.ª y LPAS artículo 37.h), LCM artículo 50.6 (La utilización de cualquier método de venta que infrinja lo dispuesto por las disposiciones aplicables o que limite la libertad de elección de los consumidores.); artículo 29.d) de la Ley 3/1993 del Parlamento de Cataluña, de 5 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del consumidor («Cualquier método de venta que limite la libertad de elección de los consumidores»); artículo 17 de la Ley 12/1984 del Parlamento de Galicia («Aquellos métodos de venta que limiten, dificulten o restrinjan la libertad de elección, así como la voluntad de contratar en perjuicio de los consumidores y usuarios, serán suficientemente reglamentados.[...] En especial se protegerá a los consumidores y usuarios con las correspondientes reglamentaciones es-

### 3. LAS OPCIONES POLÍTICO LEGISLATIVAS Y SISTEMÁTICAS PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

La DPCD ha de ser transpuesta por el legislador español al ordenamiento jurídico interno antes del 12 de junio de 2007<sup>43</sup>. Esta tarea de transposición plantea un importante reto: como se ha expuesto, la DPCD versa sobre una materia que actualmente es objeto de una amplia regulación en España, cuyos postulados y soluciones político-legislativos, sistemáticos y sustantivos son diversos y (excepción hecha de la doble regulación de la publicidad en la LCD y en la LGP) sustancialmente mejores que los de la DPCD, muy especialmente en el caso de la LCD. Ello se hace especialmente evidente en relación con la fragmentación subjetiva que ha implantado la DPCD en la legislación comunitaria contra la competencia desleal (legislación para consumidores/legislación para empresas), que es ajena a la legislación vigente en España y responde a un modelo abiertamente censurable.

De ahí que el encaje de la DPCD en el ordenamiento interno español y la salvaguarda de la coherencia y calidad de la legislación contra la competencia desleal sea una tarea exigente, que ante todo exige del legislador algunas elecciones sistemáticas y técnicas que no parecen sencillas. Y ello, tanto más si, como parece deseable, en este trance se asume, junto con el debido cumplimiento de las exigencias impuestas por la armonización comunitaria, el objetivo de ahorrar al ordenamiento jurídico interno y a los operadores económicos y jurídicos españoles cambios que puedan generar inseguridad jurídica, dificultades e ineficiencia en la represión de la competencia desleal y costes innecesarios. Al mismo tiempo, la transposición de la DPCD representa una oportunidad para mejorar nuestro ordenamiento interno en esta materia y, en particular, para introducir algunas soluciones que incrementen la eficacia de la represión de la competencia desleal y, asimismo, para simplificar el régimen de represión de la competencia desleal, eliminando no sólo las duplicidades y solapamientos de normas que no aportan nada, sino también superando las contradicciones que en algunos aspectos se pueden apreciar.

En todo caso, y cualquiera que fuere la extensión de las normas de transposición, conviene destacar con toda claridad que, desde el punto de vista material y cualquiera que sean la ordenación sistemática que resulte de la transposición y los términos en que se redacten las normas correspondientes, son pocas las obligaciones adicionales que la transposición de la DPCD supondrá para las empresas españolas o, si se prefiere, los cambios que habrían de introducir en sus prácticas comerciales para satisfacer el régimen de represión de la competencia desleal que se establezca con la transposición de la DPCD. Los estándares de protección de los consumidores y de la lealtad concurrencial que impone el vigente ordenamiento español son, en efecto, elevados y, fuera de la especificación de ciertas prácticas y de una configuración más detallada del tipo de engaño, no hay un cambio significativo en la valoración y enjuiciamiento de las prácticas comerciales de las empresas, tal vez con la excepción del tratamiento que ha merecido el engaño por omisión en la DPCD.

pecíficas, frente a los perjuicios que se pudiesen derivar de las ventas ambulantes, a domicilio, por correspondencia, mediante saldos y liquidaciones, o de las que incluyan la concesión de un premio, la participación en un sorteo, concurso y cualquier clase de prima y en todas aquellas que de algún modo puedan redundar en detrimento de la libertad de elección, de la comprobación de calidad o de la voluntad de contratar de los consumidores y usuarios».

<sup>43</sup> Artículo 19.1 de la DPCD.

---

### 3.1 LA OPCIÓN ENTRE LA INCORPORACIÓN DE LA DPCD POR MEDIO DE UNA LEY ESPECIAL O LA REFORMA DE LA NORMATIVA VIGENTE CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL VIGENTE

---

La primera elección de especial relevancia que el legislador español ha de adoptar versa sobre si la DPCD se ha de transponer por medio de una ley especial o, en cambio, por medio de la reforma de las leyes vigentes en la materia. Sin lugar a dudas, esta segunda aproximación es, a nuestro juicio, la más correcta y deseable.

En efecto, no es aconsejable incorporar las disposiciones sustantivas de la DPCD por medio de una ley especial que, por una parte, reproduzca el texto de la Directiva (y con ello su aproximación sistemática a la ordenación de esta materia), reduciendo por ello su objeto a la regulación de las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en su relación con los consumidores que puedan perjudicar los intereses económicos de estos últimos, y, por otra parte y a resultas de lo anterior, se limite a introducir simples ajustes de detalle, para redefinir el ámbito de aplicación de las demás normas que actualmente componen el Derecho contra la competencia desleal en España y para ajustar a las exigencias comunitarias las normas internas sobre materias que se hallan comprendidas en el ámbito de la Directiva pero se encuentran en la LOCM, en la LGDCU o en la legislación autonómica sobre comercio interior o protección de los consumidores.

---

### 3.2 LA FACULTAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO INTERNO LA PARTICIÓN SUBJETIVA DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

---

Ante todo, la DPCD no impone a los Estados miembros la obligación de incorporar a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos la peculiar división o fragmentación subjetiva del régimen de represión de la competencia desleal (y, de este modo, la desconexión entre los distintos intereses involucrados en la represión de la competencia desleal) que con ella se ha introducido en el Derecho comunitario y que tan justificadas críticas ha merecido.

La delimitación del ámbito de la armonización prevista en la DPCD (esto es, la limitación del ámbito armonizado a las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores que puedan perjudicar sus intereses económicos) únicamente se debe a razones propias del ordenamiento comunitario y, en particular, a razones de orden constitucional comunitario, que en ningún caso vinculan al legislador interno y que, por otra parte, tampoco concurren en nuestro sistema jurídico. En particular, dichas razones están relacionadas tanto con la procedencia de la acción legislativa de las instituciones comunitarias a que responde la elaboración y promulgación de la DPCD como con su alcance.

(i) Bajo el primer aspecto (procedencia de la acción legislativa), la acción armonizadora de la legislación de los Estados miembros en que se encuadra la DPCD ha de estar necesariamente justificada por el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, si la acción legislativa no se ha extendido también a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas o en las relacio-

nes entre empresas y consumidores que únicamente pueden ser perjudiciales para los intereses de las empresas, ello sólo se debe a que en esta materia la Comisión no ha podido apreciar la existencia de divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros de las que resultaran obstáculos a la libre circulación de mercancías y prestación de servicios en el mercado interior ni restricciones a la competencia<sup>44</sup>, mientras que ha podido apreciar que, en cambio, las divergencias existentes en el ámbito luego armonizado por la DPCD daban lugar a esos efectos.

(ii) Bajo el segundo de los aspectos mencionados (alcance de la acción legislativa), la acción legislativa de las instituciones comunitarias está necesariamente sometida a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Y sólo en el ámbito regulado por la DPCD se ha podido afirmar la insuficiencia de la respuesta legislativa de los Estados miembros para eliminar los obstáculos y distorsiones advertidos y la proporcionalidad de la armonización comunitaria, y no en cambio en el ámbito relativo a las prácticas comerciales realizadas en las relaciones entre empresas o en las relaciones entre empresas y consumidores perjudiciales para los intereses de las propias empresas<sup>45</sup>.

(iii) Finalmente, tampoco puede olvidarse la formalización constitucional y, por ello, la intensidad de las obligaciones que, entre las políticas comunitarias, tiene la protección de los consumidores frente a otras —distintas de una política de defensa de la competencia sólo desarrollada en el ámbito antitrust— más estrechamente relacionadas con la ordenación de la actividad de los operadores económicos profesionales.

Así las cosas, la limitación del ámbito de aplicación de la DPCD a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que pueden perjudicar los intereses económicos de estos últimos no obedece a la consideración política legislativa de que la deslealtad de las conductas presentan un fundamento distinto y que, por ello, merecen un tratamiento sustantivo y procesal diverso según las conductas consideradas puedan perjudicar los intereses de los consumidores o los intereses de las empresas y, en particular, que el juicio y medidas de represión de una conducta no pueda ni deba ser el mismo por el solo hecho de que se desenvuelva en un ámbito u otro de relaciones<sup>46</sup>. Lejos de ello, y como se ha apuntado, esta partición subjetiva sólo responde a la falta de comprobación de que existen obstáculos y distorsiones que puedan justificar una intervención comunitaria en materia de prácticas comerciales desleales que perjudiquen los intereses de las empresas<sup>47</sup> (más allá de la ya realizada en materia de publicidad engañosa y comparativa).

En suma, el legislador interno que no siga los pasos de la legislación comunitaria en este punto, sino que aborde de forma unitaria la regulación de las prácticas comerciales desleales, en nada ha de perjudicar por ello mismo la plena consecución de los objetivos de la DPCD. La debida fidelidad comunitaria, en efecto, no depende de

<sup>44</sup> Así lo ponen de manifiesto los trabajos preparatorios: *vid.* apartados (14) a (18) de la Propuesta de la Directiva.

<sup>45</sup> De ello se hace eco especialmente el Cdo. (8) del Preámbulo de la DPCD.

<sup>46</sup> Así lo indican tanto las reiteradas advertencias que se encuentran en el Preámbulo de la DPCD acerca de que la protección de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales redundan en una protección indirecta de los intereses de las empresas (*vid.* Cdos. (6) y (8) del Preámbulo de la DPCD), como sobre todo el reconocimiento de su legitimación para el ejercicio de los remedios establecidos para combatir las prácticas comerciales desleales perjudiciales para sus intereses (art. 11.1 II de la DPCD).

<sup>47</sup> Cdo. (8) del Preámbulo de la DPCD.



opciones sistemáticas y formales como las que ahora se consideran y, en particular, de que las normas de transposición se dispongan en leyes especiales, cuyo ámbito de aplicación sea única y exclusivamente el mismo que el de la DPCD, o en leyes más generales, que regulan conjuntamente la represión de la competencia desleal producida tanto en las relaciones entre empresas y consumidores como en las relaciones entre empresas y, tanto si las prácticas consideradas pueden perjudicar los intereses de los consumidores como si también pueden perjudicar sólo los intereses de las empresas. Las directivas sólo imponen a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas que, con arreglo a su sistema jurídico, sean precisas para incorporar al ordenamiento jurídico interno los mandatos armonizadores comunitarios, pero no imponen en ningún caso el instrumento técnico del que deben valerse. En este sentido, el efectivo cumplimiento de las exigencias impuestas por la DPDC sólo depende de aspectos sustantivos y, en concreto, del contenido de las normas dedicadas a las prácticas comerciales desleales perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y si éstas se ajustan o no a las previsiones comunitarias.

De forma coherente con este planteamiento y en primer lugar, las normas internas de transposición pueden regular las prácticas comerciales a las que se refiere la DPCD conjuntamente con otras prácticas que típicamente no afecten los intereses económicos de los consumidores, con el límite obvio del respeto a las exigencias sustantivas impuestas por las normas de la DPCD en la ordenación de las prácticas comerciales desleales que quedan comprendidas en el ámbito de la armonización.

En segundo lugar, y desde un punto de vista político-legislativo, las normas internas de transposición pueden asimismo atender un espectro más amplio de intereses protegidos. En particular, nada impide al legislador español considerar, en la ordenación de la represión de la competencia desleal, los intereses de las empresas y los intereses de la generalidad junto con los intereses económicos de los consumidores, siempre que de la consideración de todos estos intereses (y, en particular, de los intereses de las empresas y de la generalidad) no resulte un enjuiciamiento de las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores diverso del que prevé la DPCD. Y no es dudoso que el mantenimiento del nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores establecido en la DPCD es absolutamente compatible con la integración de esos intereses junto con los de las empresas y los generales en la construcción y definición sistemática, sustantiva, procesal e institucional de la represión de la competencia desleal (como, por lo demás, demuestra la experiencia española).

---

### 3.3 LOS INCONVENIENTES DE ESTABLECER UN MODELO DE REGULACIÓN SUBJETIVAMENTE FRAGMENTADA DE LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

---

El modelo subjetivamente fragmentado de ordenación de la represión de la competencia desleal introducido por la DPCD no sólo no es obligatorio para la configuración de esta rama del ordenamiento jurídico interno, sino que además es inconveniente. De adoptarlo, el legislador español merecería una seria censura, y ello, al menos, por las dos razones siguientes: porque, desde la perspectiva del fundamento de la acción legislativa interna y de los objetivos político-legislativos involucrados en

esta materia, la regulación de las prácticas desleales de la DPCD pertenece al ámbito de represión de la competencia desleal y, por ello, al de la defensa de la competencia y porque, desde una perspectiva técnica y por ello de racionalidad y seguridad jurídica de la acción legislativa, dejaría el Derecho contra la competencia desleal español en una situación cercana al caos y carente de todo orden.

---

### **3.3.1 Pertenencia sistemática de la regulación de las prácticas desleales de la DPCD al ámbito de represión de la competencia desleal**

---

Los intereses económicos de los consumidores tutelados por la DPCD son precisamente los relacionados con la autonomía o libertad y con la racionalidad de las decisiones que adoptan en el mercado en relación con la realización de transacciones económicas<sup>48</sup>. En consecuencia, la regulación de las prácticas comerciales desleales de la DPCD pertenece sistemática y sustantivamente al ámbito propio y más característico de la represión de la competencia desleal en el llamado modelo social de represión de la competencia desleal (que es justamente el exigido por nuestra Constitución y puesto en práctica por la LCD). En efecto, los intereses de los consumidores relevantes para la DPCD son los que versan sobre la formación de las relaciones económicas en el mercado de las que ellos son parte y, en particular, los que no sólo garantizan la maximización de sus intereses (que contratan o ejercitan derechos cuando libremente deciden hacerlo y, por otro lado, que contratan aquello que conscientemente quieren contratar o ejercitan los derechos que conscientemente quieren ejercitar), sino también, y desde una perspectiva de conjunto, que el éxito de las prestaciones concurrentes en el mercado y dirigidas a los consumidores obedezca a su mayor eficiencia o mérito. Así las cosas, la tutela de estos intereses económicos de los consumidores se encuadra por entero en el ámbito de la protección institucional de la competencia económica como principio normativo y coincide igualmente por entero con la tutela de los legítimos intereses de los consumidores y de la generalidad protegidos por medio de la legislación contra la competencia desleal y considerados en esta rama del Derecho para establecer la deslealtad de los actos que perjudican a los consumidores en cuanto tales y para delimitar los grupos de casos de deslealtad frente a los consumidores.

Por ello, una ley especial que transpusiera también la fragmentación sistemática y formal del régimen de esta materia que se encuentra en la DPCD y que, en este sentido, segmentara el derecho interno contra la competencia desleal precisamente por razón de que los intereses individuales comprometidos por las conductas consideradas son los intereses de naturaleza económica de los consumidores, asumiría una perspectiva absolutamente errónea desde una perspectiva político-legislativa y sustantiva, puesto que perdería de vista el más complejo y rico ámbito de relaciones e intereses en el que se encuadra esta materia y la necesaria interdependencia en su valoración (con un riesgo, nada despreciable, de que los intereses de los consumidores no fueran considerados en la construcción y definición de las conductas desleales por ser potencialmente perjudiciales a los intereses de otras empresas, como actualmente sucede, al menos en la letra de la ley, en el tratamiento de la publicidad denigratoria que se encuentra en la LGP).

---

<sup>48</sup> Cdos. 6 y 7 del Preámbulo y artículo 2.e) de la DPCD.

En particular, el fundamento constitucional de la legislación relativa a esta materia, al que debe atender el legislador español inexorablemente también en los casos en que su acción venga motivada por la transposición de una directiva comunitaria, no sólo se encuentra en el artículo 38 de la Constitución, sino también en su artículo 9.2. De ahí que toda norma que incida en la represión de la competencia desleal deba valorar y tratar de forma unitaria las distintas conductas de las empresas que ponen o pueden poner en peligro la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado. Y es claro que entre estas conductas se encuentran también las que perjudican o pueden perjudicar directamente los intereses económicos de los consumidores a los que se refiere la DPCD y, más en particular, las que pueden distorsionar de forma significativa la autonomía o libertad y la racionalidad de las preferencias y elecciones de los consumidores en el mercado, puesto que esas conductas impiden, como se ha dicho, no sólo la plena satisfacción de las necesidades de los consumidores a través del mercado, sino también que la demanda (aquí la demanda que configuran los consumidores) cumpla el papel de fiel de la balanza en un mercado regido por el principio de competencia económica y asegure que los operadores profesionales se impongan precisamente por la mayor eficiencia de las prestaciones, y no por el abuso que de la competencia económica hacen en relación los consumidores.

Aún más, la solución contraria, esto es, la diferenciación del régimen según los intereses directamente afectados partiría de un prejuicio injustificado: la suposición de que los intereses de los consumidores, por una parte, y los de los empresarios y de la generalidad, por otra parte, en relación con el mantenimiento y aseguramiento de la vigencia y eficacia de la competencia económica como principio rector de la estructura y funcionamiento de los procesos económicos en el mercado y, en general, con la ordenación de la actividad de las empresas en el mercado plantean exigencias distintas que no pueden armonizarse. Semejante aproximación no sólo desembocaría en el desconcertante panorama normativo que a continuación se expondrá, con los serios peligros a ello asociados, sino que además entrañaría un grave riesgo de que el tratamiento legal y enjuiciamiento práctico de los casos fuera parcial y desacertado.

---

### **3.3.2 El (caótico) panorama normativo resultante de transponer la DPCD mediante una ley especial**

---

La transposición de la DPCD a nuestro ordenamiento por medio de una ley especial que siguiera sistemática y formalmente sus pasos entraña asimismo, y como se acaba de apuntar, graves riesgos técnicos y prácticos. De este modo, la ordenación de la represión de la competencia desleal sería fragmentaria, compleja, artificialmente inconexa y añadiría nuevas incoherencias y diferencias injustificadas a algunas de las que ya existen actualmente, con grave perjuicio de la seguridad jurídica y no pocos costes asociados a la aplicación de las normas contra la competencia desleal.

Así lo demuestra el caótico cuadro normativo que, en materia de competencia desleal, resultaría de transponer la DPCD mediante la ley especial a la que nos hemos referido, compuesto como estaría por las siguientes normas:

(i) *Una ley especial* (la ley de transposición de la DPCD) aplicable sólo a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que puedan perjudicar los intereses económicos de estos últimos, que según la DPCD debe reconocer, al menos, una acción de cesación a las empresas en cuanto

ostenten un interés legítimo en la prohibición de la práctica comercial de que se trate;

(ii) la *LCD*, cuyo ámbito de aplicación, en buena lógica, debería limitarse a las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores que, ello no obstante, sólo perjudicaran los intereses de otras empresas y a las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con otras empresas (de forma exclusiva o concretamente con consumidores), y que igualmente reconoce, entre otras, una acción de cesación a favor de las empresas y, si no se modifica, también a los consumidores y a sus asociaciones;

(iii) la *LGP*, que, por su parte, sólo sería de aplicación a las prácticas publicitarias realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores que, ello no obstante, sólo perjudicaran los intereses de otras empresas o perjudicaran intereses de los consumidores distintos de sus intereses económicos (como es el caso de la publicidad ilícita a la que se refiere del artículo 3.a) y d) y 8 de la *LGP*) y a las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con otras empresas (de forma exclusiva o concurrente con consumidores), que también reconoce, entre otras, una acción de cesación tanto a las empresas (con exigencia, al menos en ciertos casos, de un requerimiento extrajudicial previo como requisito de procedibilidad de la acción) como, si no se modifica, a los consumidores y a sus asociaciones, así como a ciertas administraciones públicas relacionadas con la defensa de los intereses (económicos y de otra naturaleza) de los consumidores e incluso al Ministerio Fiscal;

(iv) la *LDC*, que, es de aplicación a las prácticas comerciales desleales que falseen la competencia tanto si se produce en las relaciones entre empresas como si se producen en las relaciones entre empresas y consumidores (y no son pocos los casos en los que los órganos de defensa de la competencia han conocido en este marco de actos de competencia desleal contra los consumidores);

(v) la *LOCM* y la *LGDCU*, aplicables a ciertas prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores que perjudiquen sus intereses económicos (una vez sean convenientemente expurgadas de prohibiciones incompatibles con la armonización de máximos impuesta por la Directiva y, en especial, de las prohibiciones no amparadas por la cláusula *standstill* del artículo 3.5 de la *DPCD*)<sup>49</sup>, y que reconocen la posibilidad de presentar denuncias, en cuanto ostenten un interés legítimo, a las empresas, a los consumidores y sus asociaciones y a otras administraciones públicas.

(vi) Finalmente, una *pluralidad de normas autonómicas*, reguladoras del comercio interior y la defensa de los consumidores que, igualmente, contienen disposiciones aplicables a las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y que amenazan sus intereses económicos, y que asimismo permiten presentar denuncias, en cuanto ostenten un interés legítimo, a las empresas, a los consumidores y sus asociaciones y a otras administraciones públicas. Estas normas, conviene advertir, deben ser revisadas para asegurar su compatibilidad con la armonización plena prevista en la *DPCD*<sup>50</sup>.

La gravedad y riesgos de esta situación son tanto más evidentes en cuanto se advierte que este plural y complejísimo panorama normativo no sólo se desenvuelve

<sup>49</sup> Véase infra § 4.5.

<sup>50</sup> Véase infra § 4.6.

en el plano sustantivo, sino también, como se ha puesto de manifiesto, en el de las medidas destinadas a prevenir y reprimir las conductas consideradas en cada caso, pues cada una de estas normas dispone un cuadro de acciones y sanciones, y sus correspondientes procedimientos, de diversa naturaleza y contenido. Todo ello, como enseña la experiencia habida en el caso de las relaciones entre las acciones y procedimientos de la LCD y de la LGP, anuncia una situación de indeseable inseguridad jurídica y numerosos conflictos que pueden resultar en una denegación de protección efectiva por el solo hecho de seleccionar indebidamente la acción, incluso cuando se acepta la ilicitud de la práctica<sup>51</sup>.

---

### 3.4 SUPERACIÓN DE LA DUALIDAD DE RÉGIMEN PARA LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y PARA LA PUBLICIDAD ILÍCITA CONTENIDA EN NUESTRA LEGISLACIÓN INTERNA

---

Consecuencia inmediata de aceptar la inoportunidad de transponer la DPCD por medio de lo que hemos denominado una ley especial y del consiguiente rechazo de separar nuestra legislación interna contra la competencia desleal en dos ramas (una consumerista y otra empresarial), es la necesidad de superar la ordenación separada de la publicidad ilícita y de la acción por publicidad ilícita que, en esta materia, contiene nuestro Derecho de forma tan tradicional como artificial. Esta superación, por lo demás, viene exigida por la DPCD al legislador español al menos en el ámbito de armonización.

En efecto, la DPDC ha puesto fin a la singularidad que algunas legislaciones internas, como la española, e incluso el propio Derecho comunitario habían concedido a la actividad publicitaria. Así se sigue con meridiana claridad de la expresa inclusión de la publicidad<sup>52</sup> y de su género (es decir, las comunicaciones comerciales) entre las actuaciones en que puede consistir una práctica comercial<sup>53</sup>. De forma consecuente, la DPDC exige que en el ámbito armonizado, esto es, en relación con las prácticas comerciales comprendidas en su ámbito de aplicación, la legislación de transposición de la DPCD a los ordenamientos internos aborde de forma unitaria el tratamiento de la publicidad, de las demás comunicaciones comerciales y de todas las conductas que encuentran cabida en la definición de prácticas comerciales.

El legislador español está, por ello, obligado a disponer un único y mismo régimen contra todas las prácticas comerciales desleales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores (y por tanto de la publicidad, de las comunicaciones comerciales y de las demás actuaciones comprendidas en la noción de práctica comercial que no tienen esta condición) y a ajustarse para todas estas conductas a los contenidos necesarios de la DPCD (armonización plena). Ello implica necesariamente renunciar a la regulación específica de la publicidad en este ámbito.

Con todo, y en ello consiste precisamente la segunda de las elecciones importantes que nuestro legislador ha de adoptar, cabría la posibilidad de mantener la regulación específica contenida en la LGP para la publicidad realizada por las empresas en

---

<sup>51</sup> Paradigmática en este sentido es la SAP Madrid 6-IX-2004 «AESEG c. Lilly S. A.».

<sup>52</sup> Cdo. (14) del Preámbulo de la DPCD en el que se subraya expresamente este extremo.

<sup>53</sup> Artículo 2.d) de la DPCD.

sus relaciones con los consumidores y en perjuicio sólo de los intereses de las empresas así como en sus relaciones con otras empresas, puesto que la ordenación interna de estas conductas ni está sometida a las mismas exigencias sustantivas ni está sujeta al mismo grado de vinculación que la que afecta a los intereses económicos de los consumidores. Así, mientras esta última, como se ha indicado, ha de tener carácter general, la primera tan sólo debe comprender en todo caso la publicidad engañosa y la publicidad comparativa (esto es, las modalidades de publicidad objeto de la DPCD). Y, en particular, sólo debe acomodarse necesariamente a los términos de la normativa comunitaria en materia de publicidad comparativa, mientras que en materia de publicidad engañosa puede disponer normas más estrictas y no se halla sujeta a ningún mandato comunitario en la orientación y contenidos de las normas dedicadas a los demás actos de competencia desleal y su represión.

Ello no obstante, una solución de esta clase añadiría a la partición subjetiva del régimen de la represión de la competencia desleal que antes hemos rechazado, una partición objetiva en el ámbito del Derecho contra la competencia desleal propio de las empresas (normas para la publicidad engañosa y desleal en una ley y normas para el resto de los actos de competencia desleal en otra ley) que comporta unos riesgos y efectos perniciosos, que son bien evidentes y que ha puesto de manifiesto la experiencia práctica reciente, a los que se sumaría un contrasentido y un peligro igualmente obvios.

El contrasentido es que este modelo mantiene, sólo para la rama empresarial de la regulación interna contra la competencia desleal, la nunca justificada y en todo caso claramente perniciosa duplicidad que en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto la doble regulación de la represión de la competencia desleal por medio de la LCD y de la LGP y que, hasta la fecha, sólo ha tenido por resultado una rechazable situación de inseguridad jurídica<sup>54</sup> e incluso de reconocida injusticia material<sup>55</sup>, a pesar de que esa duplicidad se debe rechazar para la rama consumerista de esta parcela del ordenamiento jurídico por virtud de la DPCD. La inseguridad que de ello derivaría sería aun mayor por la dificultad de discernir si los intereses directamente perjudicados por la publicidad dirigida a los consumidores son los de los propios consumidores o los de los empresarios y por la posibilidad de que las empresas ejerciten las acciones reconocidas en la ley especial de transposición para combatir las prácticas comerciales desleales contrarias a los intereses económicos de los consumidores.

Por otra parte, el peligro se encuentra en que, aunque en la mayoría de los casos, existe un alineamiento entre los intereses de los consumidores, de las empresas y generales en la valoración de las distintas prácticas, no faltan, sin embargo, supuestos en los que, como se ha apuntado, pueden formularse valoraciones contradictorias acerca del juicio que merecen. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de los actos de denigración, de los actos de imitación o de algunos supuestos de venta a pérdida. Y es evidente que la resolución armónica de los conflictos que se presentan en el tratamiento de estas materias, será tanto menos probable en cuanto los textos legislativos

<sup>54</sup> Véase supra notas 32 y 33.

<sup>55</sup> Así lo evidencia la lectura de algún fallo que no ha dudado revocar la sentencia de instancia, que había declarado que la publicidad a la que se refería la demanda constituía un acto de denigración, por no haberse ejercitado la acción de publicidad ilícita sino la de competencia desleal, disponiendo la absolución en los siguientes términos: «absolución de la demandada al no ser los hechos constitutivos de competencia desleal y sí de ilícito exclusivamente publicitario», como hizo SAP Madrid 6-IX-2004 «AESEG c. Lilly S. A.».

que regulan el derecho contra la competencia desleal carezcan de una aproximación unitaria a ellos.

A todo lo anterior puede añadirse todavía un argumento ulterior e igualmente poderoso: la inexistencia de una especialidad sustantiva por razón de la materia, toda vez que ninguna exigencia objetiva de justicia puede respaldar el tratamiento diferenciado de una misma conducta por el hecho de que se haya materializado como publicidad o no. Es más, los propios presupuestos de la LCD como ley general de ordenación de la actividad desarrollada en el mercado con finalidad concurrencial (en el sentido, de ley llamada a superar la fragmentación del régimen existente en esta materia con anterioridad a su promulgación y por ello a unificar su regulación legal), e incluso el tenor de sus normas, evidencian que el legislador de la LCD busca la regulación del fenómeno concurrencial de forma global y unitaria. En este sentido, sería absolutamente injustificable y contradictorio que en una eventual ley especial de transposición de la DPCP se unificara el tratamiento de todas las prácticas comerciales realizadas por las empresas en su relación con los consumidores y que pudieran resultar perjudiciales para los intereses de estos últimos y, en cambio, se mantuviera la dualidad en el caso de que los intereses perjudicados fueran los de las empresas (salvo, a la vista de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción por publicidad ilícita y otras especialidades procesales, por el interés inconfesable de dificultar la represión de la publicidad engañosa y desleal que perjudique a los intereses de las empresas y, a la vista de las diferencias sustantivas, por el interés, tampoco fácilmente confesable, de impedir que a los consumidores llegue cierta información veraz y valiosa para la formación de sus decisiones en el mercado o de impedir la innovación en el ámbito de las comunicaciones comerciales constitutivas de actividad publicitaria).

En suma, y a falta de constricción comunitaria al respecto, la opción más cabal pasa, a nuestro juicio, por superar también, en la regulación general de todas las conductas (afecten al interés que sea), la dualidad de régimen para actos de competencia desleal y para la publicidad ilícita que necesariamente ha de imponerse en la ordenación de las conductas que afecten a los intereses económicos de los consumidores, mediante la derogación de la regulación de las normas sobre publicidad engañosa y publicidad desleal de la LGP.

---

### 3.5 RECAPITULACIÓN: LA REGULACIÓN UNITARIA EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DPCD

---

Todo lo expuesto hasta aquí demuestra, en definitiva, la posibilidad y conveniencia de adaptar la legislación interna en materia de represión de la competencia desleal a las exigencias de la DPCD manteniendo el modelo de regulación única y general de las prácticas comerciales o actos de competencia desleal desleales. Esta solución, como hemos tendido ocasión de exponer, no sólo es plenamente coherente con la DPCD sino que, de hecho, resulta exigida por el fundamento constitucional de la acción legislativa en esta materia y presenta, además y en todo caso, evidentes ventajas desde los puntos de vista político-legislativo, sistemático, técnico y práctico.

---

#### 4. LAS REFORMAS SUSTANTIVAS NECESARIAS PARA TRANSPONER LA DIRECTIVA.

---

De conformidad con este planteamiento, la incorporación de la DPCD al ordenamiento español exige la modificación de diversas normas legislativas y, como se verá, una reforma de cierta entidad, que debe ser aprovechada para simplificar la regulación de esta materia y para incorporar ciertas mejoras técnicas permitidas por la DPCP. En este apartado se describe qué preceptos y en qué medida se verían afectados por la mencionada reforma.

---

##### 4.1 LA REFORMA DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

---

La modificación de la LCD para acomodar sus disposiciones a las de la DCPD podría no ser necesariamente extensa. En efecto, la transposición de la DPCD no exige en rigor modificaciones sustanciales (a salvo, claro está, de la introducción del listado de prácticas desleales contenidas en el Anexo I de la DCPD y la modificación del régimen del acto de engaño mediante omisión). Podría bastar, en este sentido, con una reforma «de mínimos». En efecto y bien miradas las cosas, las prácticas comerciales objeto de la DPCD quedan comprendidas entre las conductas realizadas en el mercado con finalidad concurrencial del artículo 2 de la LCD y las empresas a las que se dirigen las normas de la DPCD, entre los partícipes del mercado a los que se refiere el artículo 3 de la LCD. Por otra parte, la interpretación y aplicación de la prohibición general del artículo 5 de la LCD, tal y como por lo demás ha sido entendida por nuestros tribunales (que expresamente han considerado que las normas de corrección y buenos usos mercantiles son fuente de integración de las exigencias de la buena fe en materia de represión de la competencia desleal), puede acomodarse sin ninguna dificultad a la prohibición general de las prácticas comerciales desleales de la DPCD, mientras que las prácticas comerciales engañosas que se prohíben en la DPCD se corresponden con los supuestos de hecho comprendidos en los artículos 6, 7, 8 y 17. a) de la LCD, y las prácticas comerciales agresivas encajan sin ningún problema en la prohibición general del artículo 5 de la LCD. Por otra parte, y sin perjuicio de la necesidad de revisar el tratamiento de la prueba en los casos de engaño, las normas sobre acciones y procedimiento de la LCD son plenamente compatibles con las previsiones que al respecto establece la DPCD. Como hemos apuntado, los únicos cambios que deben introducirse son la regulación de las prácticas comerciales engañosas por omisión, que debe abstenerse de incluir el riesgo de inducción a error en la estructura de la prohibición de las prácticas comerciales engañosas por omisión, las listas de prácticas comerciales engañosas y agresivas *per se* y las reglas sobre inversión de la carga de la prueba, así como la derogación de los artículos 3.b) y c) y 4 a 7 de la LGP, así como del artículo 8 de la LGDCU y de los artículos 22.2, 23, 32.3 y 35 de la LOCM.

Sin embargo, a nuestro juicio parece aconsejable postular una reforma más ambiciosa de la LCD. Y ello, especialmente, en atención tanto a los últimos precedentes en relación con la incorporación de Directivas a nuestro ordenamiento jurídico en esta materia o en materias próximas (y, muy en particular, la experiencia de la incorporación de las disposiciones sobre publicidad comparativa de la DPEC, que han preferido una



gran fidelidad literal en la transposición<sup>56</sup>) como, sobre todo, a la mayor precisión y concreción de los supuestos constitutivos de competencia desleal a que aspira la DPCD y que no se encuentra en las formulaciones más generales con que actualmente cuenta la LCD, así como, en último lugar, a la oportunidad que brinda la incorporación de la DPCD para simplificar y consolidar el ordenamiento jurídico español interno en esta materia y para introducir algunas mejoras técnicas. Y ello, siempre atendiendo a la conveniencia de mantener y preservar en la medida de lo posible la estructura, estilo, contenidos y disposiciones de la LCD, por su modernidad político-legislativa, alta calidad sustantiva y técnica y probada eficacia: sería ilógico y en todo caso contraproducente en términos de calidad del sistema y de seguridad jurídica modificar la legislación interna en materia de competencia desleal para empeorarla.

A continuación se examinarán, en primer lugar, aquellas disposiciones de la LCD que, no obstante la diferencia de su tenor con las normas correspondientes de la DPCD, no parece oportuno revisar puesto que si son conformes con el contenido y finalidad de la DPCD (infra § 4.2). En segundo lugar, se analizará el alcance de las modificaciones de aquellas otras disposiciones que, en cambio, resulta conveniente u oportuno reformar con alguna intensidad (infra § 4.3). Finalmente, se abordarán los cambios que es necesario introducir a fin de perfilar y simplificar el régimen único de represión de las prácticas comerciales desleales y de mejorar y completar la eficacia del sistema de represión ahora establecida en la LCD y en las demás disposiciones aplicables en esta materia (infra §§ 4.4 a 4.6).

---

## 4.2 ESPECIAL CONSIDERACIÓN A CIERTAS DISPOSICIONES DE LA LCD QUE NO PARECE PRECISO REVISAR

---

---

### 4.2.1 Artículo 2 de la LCD

---

Sin perjuicio de la novedad terminológica, el ámbito objetivo de aplicación de la DPCD, esto es «las prácticas comerciales» tal y como se definen en su artículo 2.d)<sup>57</sup> se corresponden en lo esencial con la noción de «conducta realizada en el mercado con una finalidad concurrencial» empleada en el artículo 2 de la LCD para definir su ámbito objetivo de aplicación. En particular, a las actuaciones constitutivas de prácticas comerciales según la DPCD y a su función es connatural la trascendencia externa y la influencia en el establecimiento de relaciones económicas que caracteriza a los actos realizados en el mercado del artículo 2 de la LCD. Además, la función objetiva de promoción, venta o suministro de bienes o servicios considerada por la DPCD

---

<sup>56</sup> Recuérdese que el TJCE condenó a España por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (STJE de 28 de noviembre de 2002, C-414/01) a pesar de que el artículo 10 LCD y el artículo 6.c) de la LGP (aunque el Reino de España no hizo valer este argumento de defensa) podían ser fácilmente interpretados de conformidad con las normas comunitarias sobre publicidad comparativa.

<sup>57</sup> Las prácticas comerciales son todos los actos, omisiones, conductas, manifestaciones y comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, venta o suministro de productos, esto es, de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles y los derechos y obligaciones [art. 2.d) de la DPCD].

coincide con el elemento que define la finalidad concurrencial a la que alude el artículo 2 de la LCD, que abarca tanto la promoción de prestaciones, como su afianzamiento en el mercado.

Ciertamente, en los términos con que el artículo 2 de la LCD define su ámbito de objetivos hallan cabida conductas que, en cambio, no están comprendidas en la noción comunitaria de prácticas comerciales. Ahora bien, en la medida en que éstas son conductas que han quedado fuera del ámbito de armonización (pero no conductas liberalizadas), constituyen materia sobre las que los legisladores internos pueden regular libremente, en el sentido que estimen más adecuado para la ordenación del mercado nacional y sin perjuicio del respeto a los principios establecidos por el TCE en relación con el mercado interior comunitario. En consecuencia, no existe razón para dejar de someter a la LCD a aquellas conductas extravagantes a la definición de prácticas comerciales de la DPCD pero incluidas en la noción de conductas realizadas en el mercado con fines concurrenciales por el solo hecho de que las instituciones comunitarias no las hayan incluido en el ámbito de la DPCD, pues ello sólo obedece a que no se ha apreciado la existencia de razones que justifiquen la armonización y no, en cambio, a que se haya prohibido su interdicción a los Estados miembros.

Finalmente, no parece necesario ni conveniente modificar el término «conducta» del artículo 2 de la LCD para dar entrada a la expresión «prácticas comerciales» utilizada en la DPCD. En efecto, las prácticas comerciales quedan comprendidas en la más amplia noción de conducta de la LCD y, por tanto, no se advierte problema alguno en conservar la dicción actual en una ley que ordena conjuntamente las prácticas comerciales desleales objeto de la DPCD junto con otras conductas que no han sido objeto de armonización, tanto si se han realizado en la relación con los consumidores y en perjuicio de sus intereses como de los intereses de otras empresas o en la relación entre empresas. En efecto, no puede olvidarse que la LCD tipifica como actos desleales otras conductas o estrategias que no han sido objeto de armonización precisamente y, entre otras razones, porque afectan directamente a otros intereses distintos de los de los consumidores y, lo que es a todas luces más importante ahora, que no constituyen una práctica comercial en sentido de la DPCD (*ad. ex.* violación de secretos, determinados supuestos de inducción a la infracción contractual, la violación de normas, etc.). La sustitución de las vigentes referencias a actos de competencia desleal o conductas por la de «prácticas comerciales» o «prácticas comerciales desleales» a las que alude la DPCD dejaría fuera del ámbito de aplicación de la LCD a este tipo de conductas desleales; lo que ni es razonable ni es, desde luego, prudente a la vista especialmente de la abundante jurisprudencia habida en torno a estos actos de competencia desleal.

---

#### 4.2.2 Artículo 3 de la LCD

---

Los destinatarios de las normas de la DPCD son las empresas o comerciantes<sup>58</sup>, que, a la vista de su definición comunitaria<sup>59</sup>, coinciden con los partícipes en el mer-

---

<sup>58</sup> A pesar de que las empresas son las destinatarias de las normas previstas en la DPCD según su artículo 3.1 y los «sujetos» que realizan las prácticas comerciales de la expresión definida en su artículo 2.d), lo cierto es no se ha incluido una definición de empresa entre las que proporciona el artículo 2. Su lugar ha sido ocupado por la noción de «comerciante», que aparece como sujeto activo de las prácticas comerciales en la definición de «prácticas comerciales de las empresas» y es objeto de una definición propia en el artículo 2.b) de la DPCD. Así las cosas, las

cado que son destinatarios de la LCD según su artículo 3. Las empresas de la DPCD son, en particular y atendida la falta de indicación de su naturaleza jurídica, del objeto de su actividad y de la finalidad institucional con la que realizan las prácticas comerciales, tanto los comerciantes en sentido estricto del Derecho español (empresarios mercantiles), como cualquier otra clase de empresarios – los agricultores, ganaderos o artesanos-, los profesionales liberales e incluso la Administración pública, en cuanto realice propiamente una actuación calificable como actividad económica o negocio. Por otra parte, es asimismo evidente que esta noción, en armonía también con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LCD, no exige ni presupone la relación de competencia como requisito para de la aplicación de las normas contra la competencia desleal que sólo afecten los intereses de los empresarios.

La única diferencia que pudiera apreciarse entre los respectivos ámbitos subjetivos de aplicación, consiste en la inclusión de quienes actúan en nombre o por cuenta de otro en el ámbito de la noción de empresa del artículo 2.b) de la DPDC. Pero esta diferencia tiene, con todo, un alcance más formal que sustantivo, ya que estos últimos se encuentran legitimados pasivamente para soportar la acción de competencia desleal en cuanto autores materiales de la conducta ilícita o personas que cooperan en su realización (art. 20 de la LCD).

Finalmente, y ahora desde una perspectiva estrictamente terminológica, nos parece más acertado conservar las expresiones actuales y, en particular, el empleo de las referencias a «empresarios y partícipes en el mercado» ya que, en nuestro sistema, estas expresiones tienen, como se ha visto, al menos el alcance que en la DPCD se otorga al término «empresa o comerciante» y lo aventajan en claridad sistemática y calidad técnica.

---

#### 4.2.3 Artículo 6 de la LCD

---

A pesar de que los actos de confusión han sido tradicionalmente considerados como actos de competencia desleal distintos y diferenciados de los actos de engaño<sup>60</sup>, la DPCD ha incluido este supuesto de hecho entre las prácticas comerciales engañosas por acción, a las prácticas comerciales engañosas por inducción a confusión<sup>61</sup>; en línea con lo que sugiere el listado de extremos sobre los que puede recaer un engaño desleal por acción<sup>62</sup>.

No obstante, nada debe oponerse a mantener el modelo de regulación tradicional en una ley común a las prácticas comerciales desleales directamente perjudiciales para los intereses de los consumidores y de los empresarios y, por ello, a conservar el artículo 6 de la LCD en sus términos. La DPCD no exige que la norma interna de transposición repita su estructura y contenido.

---

empresas personalizadas de los artículos 3.1 y 2.d) de la DPCD y los comerciantes del artículo 2 b) de la DPCD son nociones equivalentes en la DPCD o, si se prefiere, designan a los mismos sujetos.

<sup>59</sup> Artículo 2.b) DPCD: «Personas físicas y jurídicas que realizan prácticas comerciales con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como las personas que, sin ejercitar por sí estas actividades o ejercitándolas en un ámbito distinto, realizan esas conductas en nombre o por cuenta de una empresa».

<sup>60</sup> Artículo 6 LCD y artículo 6.b) LGR.

<sup>61</sup> Artículo 6.2.a) de la DPCD.

<sup>62</sup> Artículo 6.1.b) y f) de la DPCD.

Siendo ello así, y por lo que se refiere al engaño por inducción a confusión, no parece dudoso que este supuesto puede ser diferenciado con facilidad del resto de los supuestos de engaño por acción en atención al objeto del error, que es precisamente la identidad de los sujetos o el origen empresarial de sus productos o servicios o de sus establecimientos. Así resulta también en la DPCD, de la mención de las marcas y otros signos distintivos de los competidores para precisar el extremo sobre el que recae o puede recaer el error como, por lo demás, anticipa la inclusión del «origen comercial» de los productos entre las características principales de los productos sobre las que puede versar la falsedad o el error determinante del carácter engañoso de una práctica comercial<sup>63</sup>. De ahí que, siempre que la norma recoja los aspectos que hacen de la inducción a confusión en la DPCD una práctica comercial desleal, ningún inconveniente se advierta para su regulación independiente, en su caso, al lado de los aspectos que puedan fundar el reproche de deslealtad de la confusión frente a los competidores. Además, la actual redacción del artículo 6 de la LCD, más precisa y elegante, es técnica y sustantivamente equivalente al pasaje que el artículo 6.2.a) de la DPCD dedica a las prácticas comerciales engañosas por inducción a confusión.

Sólo en un punto existe una diferencia, a saber: el artículo 6 de la LCD se extiende a todo comportamiento (y no sólo a la utilización de signos distintivos) y abarca expresamente al riesgo de asociación (y no únicamente el riesgo de confusión en sentido estricto al que parece limitarse el artículo 6.2.a) de la DPCD). En cualquier caso, el mantenimiento de estos elementos en la norma no parece discutible. En efecto y de un lado, todo comportamiento comprende, sin duda, la utilización de signos distintivos ajenos si esa utilización puede inducir a confusión; y, de otro lado, el comportamiento que puede inducir a asociación constituye, una práctica que, en todo caso, amenaza los legítimos intereses de los empresarios, si es que acaso no encierra también una amenaza para los intereses económicos de los consumidores. Y, en este sentido, ha de repararse en que, a pesar de que la ausencia de mención del riesgo de asociación en el artículo 6.2.a) de la DPCD acaso pudiera sugerir que la confusión constitutiva de engaño desleal sólo comprende el riesgo de confusión en sentido estricto, ello no es obstáculo para que pueda considerarse un supuesto de inducción a error sobre la afiliación y conexiones del comerciante del artículo 6.1.f) de la DPCD (que comprende el riesgo de confusión en sentido amplio) o una práctica contraria a la prohibición general del artículo 5 de la DPCD.

---

#### 4.2.4 Artículo 11 de la LCD

---

Por medio de la expresa mención de los productos, el engaño por confusión regulado en el artículo 6.2.a) de la DCPD ha absorbido también ciertos supuestos de imitación que, en la LCD, son objeto de un grupo de actos de competencia desleal diferenciado: los actos de imitación que inducen a confusión<sup>64</sup>. Son aquellos en los que el error acerca de la procedencia empresarial de los productos resulte de ellos en sí mismos, esto es, de su propia configuración. Así lo confirma, por lo demás, la inclusión de un caso de imitación en el apartado 13 del Anexo I, entre las prácticas comerciales que se consideran engañosas en todo caso.

---

<sup>63</sup> Artículo 6.1.b) de la DPCD.

<sup>64</sup> Artículo 11.2 LCD.

Con todo, y por los mismos motivos expuestos en relación con la confusión, no hay impedimento alguno en conservar la regulación autónoma de estos actos junto con otros extremos que puedan fundar el reproche de deslealtad de la imitación frente a los competidores. Aún más, el tratamiento de la imitación en el artículo 11 de la LCD se alinea plenamente con el planteamiento asumido en la DPCD. En efecto, debe advertirse, de un lado, que en armonía con el principio de libre imitabilidad establecido en el artículo 11 de la LCD, el artículo 6.2.a) de la DPCD no entraña en ningún caso un reproche de deslealtad *per se* contra la imitación. De hecho, la propia DPCD descarta esta posibilidad a la vista precisamente de la efectiva contribución de la imitación al incremento de la competencia (ampliación de la oferta y de las posibilidades de elección de los consumidores) en el mercado<sup>65</sup>. Por otra parte, debe repararse además en que, en línea con el enjuiciamiento que ha merecido este supuesto en el artículo 11.2 de la LCD y en la doctrina de nuestros tribunales, la DPCD tampoco prevé la deslealtad de la imitación por el solo hecho de que la identidad o similitud entre el original y la imitación pueda resultar en un riesgo de confusión con independencia de las condiciones en que se presenta la imitación en el mercado. En todo caso y a pesar de que ello no deja de plantear ciertas dudas de coherencia político-legislativa y de calidad técnica, existe la necesidad de ajustar el tenor del artículo 11.2 de la LCD a la DPCD mediante la sustitución de la actual referencia al riesgo de asociación por una referencia al riesgo de confusión o, al menos, de añadir al riesgo de asociación actualmente mencionado el riesgo de confusión.

---

### 4.3 DISPOSICIONES DE LA LCD QUE DEBEN REFORMARSE

---

La transposición de la DPCD hace aconsejable modificar sustancialmente algunos de los preceptos de la LCD. Para ello es necesario partir de que la DPCD no es precisamente un ejemplo de buen hacer desde un punto de vista técnico (como demuestra la abundancia de reiteraciones, el agrupamiento de casos de naturaleza diferente, o la imprecisión de los términos) y, por ello, conviene efectuar una transposición reflexiva y cuidadosa, que asegure el máximo nivel de calidad y la inserción armoniosa en el conjunto de la ley.

---

#### 4.3.1 Artículo 5 de la LCD

---

A los ojos de las instituciones comunitarias, la prohibición general de las prácticas comerciales desleales establecida en el artículo 5 DPCD está llamada a sustituir a las vigentes prohibiciones dispuestas en las leyes de los Estados miembros en el ámbito armonizado y, en particular, a constituirse en la cláusula general contra la competencia desleal de los ordenamientos internos de los Estados miembros<sup>66</sup>. En atención a ello y al indudable papel de clave del sistema de represión de la competencia desleal así como al entendimiento expresado por algunos pronunciamientos judiciales de que en caso de conflicto prevalecen las exigencias de la buena fe sobre las normas de

---

<sup>65</sup> Cdo. (14) del Preámbulo de la DPCD.

<sup>66</sup> Así se deduce de la indicación al respecto del Cdo. (13) del Preámbulo de la DPCD.

corrección y buenos usos mercantiles (que en la DPCD ocupan un lugar equivalente), el artículo 5 de la LCD debe modificarse.

En particular, será preciso ajustar su contenido al nuevo estándar de deslealtad, esto es, sustituir las exigencias de la buena fe por las exigencias de la diligencia profesional (integradas por los principios de honradez y de buena fe), así como dar entrada a la distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores y a la referencia a la reacción esperable del consumidor medio o del miembro medio del grupo de consumidores a los que se dirija la conducta o del miembro medio del grupo de consumidores especialmente vulnerables afectados por la conducta, con la expresa y especialmente importante indicación de que estas dos precisiones sólo tienen vigencia en los casos en los que la conducta considerada pueda perjudicar los intereses económicos de los consumidores.

Asimismo, conviene recordar que –por las razones que tuvimos ocasión de exponer al analizar el artículo 2 de la LCD<sup>67</sup> es de todo punto desaconsejable sustituir la referencia a «actos o comportamientos» que contiene el artículo 5 de la LCD por la expresión «prácticas comerciales desleales» manejada en el artículo 5 de la DPCD. Es más, es imprescindible conservar la terminología vigente: siendo el artículo 5 LCD, como lo es, una cláusula general que permite enjuiciar cualquier conducta desleal que no ha encontrado acomodo en un tipo específico y, por lo tanto, también aquellos comportamientos que no constituyen una práctica comercial o que, aún siéndolo, no están dirigidas a los consumidores o no afectan directamente sus intereses. De otro modo, estas conductas, escaparían al control de lealtad / deslealtad concurrencial.

---

#### 4.3.2 Artículo 7 de la LCD

---

Uno de los aspectos sustantivos la DPCD que se separa del régimen contenido en la LCD, es el que concierne al tratamiento de las prácticas comerciales engañosas y, muy en especial, de las prácticas comerciales engañosas por omisión, que actualmente establece el artículo 7 de la LCD.

Será preciso, pues, reformar totalmente este precepto para ajustar su tenor al de los artículos 6 y 7 de la DPCD. En particular y en aras a la claridad y corrección técnica (recuérdese que la deslealtad de la omisión en la DPCD no está vinculada al error), sería un acierto reservar el artículo 7 de la LCD para incorporar las prácticas engañosas reguladas en el artículo 6 de la DPCD (incluidas las relacionadas con el incumplimiento de códigos de autorregulación, pero excluidas las relativas a la confusión y a la publicidad comparativa) e introducir un nuevo artículo 7 bis, dedicado a las omisiones desleales ordenadas en el artículo 7 de la DPCD. Asimismo y, también desde un punto de vista de calidad técnica y respeto a nuestra tradición legislativa, es preferible incorporar el listado de prácticas comerciales engañosas *per se* contenida en el Anexo I de la DPCD a través de una Disposición Adicional a la LCD y renunciar a la técnica del Anexo.

Por lo demás, la extensión del régimen que la DPCD prevé para las prácticas comerciales engañosas perjudiciales para los intereses de los consumidores a aquellas otras que lo sean para los intereses de los empresarios no plantea mayor obstáculo.

---

<sup>67</sup> Véase *supra* § 3.4.

Desde el punto de vista de las exigencias comunitarias, ha de repararse en que si bien es cierto que en esta materia los Estados miembros se hallan sujetos a las previsiones de la DPCD, no lo es menos que, de un lado, el tratamiento establecido por la DPCD para la publicidad engañosa por acción se ha incorporado al artículo 6 de la DPCD y, de otro lado, que la DPCD sólo establece en esta materia una armonización de mínimos. Desde un punto de vista político-legislativo ahora, por otra parte, a través de la inclusión de la referencia a la distorsión sustancial del comportamiento económico de sus destinatarios en la prohibición general contenida en el artículo 5 DPCD y de su reiteración a través de la referencia a la adopción de decisiones que, de otro modo, no se habrían tomado en la propia prohibición de las prácticas comerciales engañosas, el reproche de deslealtad o juicio de desvalor concurrencial ha quedado reservado, en línea con la jurisprudencia española, para las prácticas relevantes, esto es, para aquellas que efectivamente pueden influir en la conducta de sus destinatarios. Siendo ello así, no se alcanza a ver cómo las exigencias de una competencia por eficiencia, necesariamente basada en la transparencia del mercado y la racionalidad de las preferencias y elecciones de sus partícipes, puede verse perjudicada por el sometimiento de las prácticas comerciales dirigidas a los empresarios a los mismos requisitos que las dirigidas a los consumidores a fin de superar el juicio del engaño desleal, ni cómo ello puede entorpecer las comunicaciones comerciales dirigidas a otras empresas.

Finalmente, desde un punto de vista sustantivo debe reconocerse que algunas de las previsiones de la DPCD son propias y específicas de las prácticas realizadas en la relación con los consumidores, como son, por ejemplo, las que contienen referencias a los derechos de los consumidores<sup>68</sup> o a normas aplicables sólo en la relación con consumidores<sup>69</sup>, pero su inclusión en una única norma, común a prácticas dirigidas a consumidores y a empresarios, no plantea ningún problema: es evidente que las correspondientes previsiones sólo serán de aplicación a esas prácticas.

---

#### 4.3.3 Artículo 8 de la LCD

---

El artículo 8 de la LCD debe derogarse y sustituirse por otro. En efecto, el artículo 8 de la LCD regula y reputa desleales ciertas prácticas que están comprendidas en el ámbito armonizado por la DPCD y, en concreto, trata de un supuesto de práctica comercial agresiva (art. 8.1 de la LCD), y de dos supuestos de prácticas comerciales engañosas (art. 8.2 y 3 de la LCD) para los que la DPCD ha establecido una armonización completa<sup>70</sup> y plena o de máximos en su ámbito de aplicación<sup>71</sup>.

En particular, los supuestos de deslealtad de primas y ofertas vinculadas quedan comprendidos en el ámbito del artículo 6 de la DPCD y, por ello, su régimen será el dispuesto con carácter general para los actos de engaño y, de hecho, encuentra perfecto acomodo en el elenco de extremos sobre los que puede recaer el engaño relevante que contiene el artículo 6 de la DPCD y si es que acaso se quisiera mantener la mención especial de los supuestos de engaño considerados actualmente en el artícu-

---

<sup>68</sup> Véase supra § 4.1.1.

<sup>69</sup> Véase supra § 4.1.1.

<sup>70</sup> Cdo. (12) del Preámbulo de la Directiva, en relación con los Cdos. (6) y (8) del propio Preámbulo.

<sup>71</sup> Cdos. (14) y (15) del Preámbulo de la Directiva.

lo 8.2 y 3 LCD, siempre que no se configuren como prohibiciones *per se*, ello debe hacerse en el artículo dedicado al engaño por acción mediante especificación de los extremos sobre los que puede recaer el engaño.

Por su parte, el artículo 8.1 de la LCD trata de una concreta práctica comercial agresiva, que queda comprendida en la categoría más amplia que define y prohíbe el artículo 8 de la DPCD. De ahí la oportunidad de dedicar el artículo 8 de la LCD a la regulación de las prácticas comerciales agresivas y, en particular, de transponer por medio de este precepto lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la DPCD, con referencia a una Disposición Adicional en la que se recojan las prácticas comerciales agresivas desleales *per se* del Anexo I de la DPCD.

---

#### **4.3.4 Artículo 10 de la LCD**

---

El artículo 10 de la LCD que, en el momento de transposición de la DPEC, no fue modificado para acompasar el tratamiento de los actos de comparación a las disposiciones de las disposiciones comunitarias sobre publicidad comparativa, debe ser reformado, a la vista de la paralela derogación de los artículos 6 c) y 6bis LGP. En particular, el artículo 10 de la LCD debe ser modificado por medio de la incorporación del artículo 3bis de la DPEC en la redacción reformada que le ha proporcionado el artículo 14 de la DPCD.

---

#### **4.3.5 Artículo 17.2.a) de la LCD**

---

La nueva regulación armonizada que la DPCD incorpora hace conveniente eliminar como acto de competencia desleal específico la venta a pérdida engañosa, esto es, la que pueda inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento. Con toda seguridad, esta práctica comercial se encuadra en la cláusula general sobre acciones engañosas de conformidad al artículo 6 de la DPCD y, por motivos de coherencia sistemáticos, parece más adecuado incluirla, si acaso, mediante una especificación de los extremos sobre los que puede recaer el error.

---

#### **4.3.6 Cambios que deben introducirse a fin de mejorar y completar la eficacia del sistema de represión que establece la LCD**

---

En materia de acciones y procedimientos no parece necesario introducir ningún cambio sustancial. En particular, no parece que exista ninguna razón de peso —ni sistemática, ni material ni de oportunidad— para cambiar el actual modelo de represión jurídico-privada, confiada a la iniciativa de los particulares y desenvuelto en el marco de un procedimiento judicial, por el modelo más lento y menos neutral de represión administrativa que, sólo como posibilidad, contempla la DPCD. No obstante, parece aconsejable utilizar la ocasión que brinda la transposición para introducir algún cambio en esta materia que, como se verá, no implica en última instancia sino la incor-



poración de una previsión actualmente vigente en el ámbito del procedimiento por publicidad ilícita o la corrección de una imprecisión.

En este sentido, ha de recordarse que la cesación queda comprendida, en toda la extensión con que se configura en la DPCD (cesación de la práctica comercial desleal que se esté ejecutando y prohibición de la que sólo se esté preparando), en el ámbito del artículo 18.2.<sup>a</sup> de la LCD<sup>72</sup>. Además, la publicación de la sentencia que ordene la cesación se corresponde con el contenido de las acciones de remoción y de indemnización de daños y perjuicios del artículo 18 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de la LCD y que, por último, la publicación de comunicados rectificativos se encuadra sin duda en el ámbito del artículo 18.4.<sup>a</sup> de la LCD.

Por su parte, la legitimación activa de carácter individual que la DPCD permite reconocer a las personas que tengan un interés legítimo comprende a los partícipes en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados del artículo 19.1 de la LCD, mientras que la legitimación activa de carácter colectivo que la DPCD permite reconocer a ciertas organizaciones que tengan un interés legítimo es precisamente la que establece el artículo 19.2 de la LCD a favor de asociaciones de consumidores y de asociaciones y corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos. Bajo este mismo aspecto, por otra parte, parece oportuno hacer uso de la posibilidad que introduce la DPCD en cuanto a la atribución de legitimación activa para interponer una demanda por competencia desleal a la Administración<sup>73</sup>.

Asimismo, las previsiones de la DPCD en materia de legitimación pasiva tienen ya cabida en la formulación amplia del artículo 20 de la LCD. En particular, el conjunto de empresarios contra los que puede entablarse una acción colectivamente tienen legitimación pasiva en cuanto autores de la práctica comercial desleal. También los organismos responsables de la aplicación de un sistema de autorregulación que fomentara, a través de la aplicación del correspondiente código, prácticas comerciales desleales, están legitimados para soportar la acción de competencia desleal en cuanto cooperan en la realización de esas prácticas. Con todo, es oportuno incluir una expresa mención al respecto en el artículo 20 de la LCD y aprovechar esta oportunidad para clarificar que las acciones en las que debe demandarse conjuntamente a trabajadores y colaboradores del autor del acto de competencia desleal no sólo son las de las letras a) y d) del artículo 18 de la LCD, sino las de sus letras a) a d).

Además, la regla sobre distribución de la carga de la prueba prevista en el artículo 12 de la DPCD es actualmente objeto del artículo 217.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECiv). Este precepto deberá ser modificado a fin de satisfacer las exigencias comunitarias: en primer término, para ajustar su tenor al de la DPCD (aunque no parece necesario cambiar la actual previsión de carácter general, atemperada como está por lo dispuesto en el apartado sexto de este mismo precepto, por la sola atribución de una facultad) y suprimir la diferenciación entre procedimien-

<sup>72</sup> En la DPCD no se halla sometida en forma alguna a un previo requerimiento extrajudicial por lo que no podrá mantenerse el requisito de procedibilidad que actualmente establece el artículo 26 de la LGP.

<sup>73</sup> En efecto, ésta es una opción que en su día contempló el Proyecto de LCD y que no se asumió en el texto final de la Ley debido a la aceptación de una enmienda fundada en un presupuesto incorrecto y, sobre todo, es una opción que se encuentra vigente en materia de publicidad ilícita por virtud del artículo 29 de la LGP y que tiene pleno sentido, en particular, en la medida en que complementa (y no simplemente reitera) la vía de acción administrativa que impone el artículo 13 de la DPCD y permite salvar algunas de las dificultades prácticas que los particulares pueden encontrar para la preparación de las demandas de competencia desleal.

tos de competencia desleal y de publicidad ilícita, y, en segundo término, para incorporar la regla de valoración que establece el apartado *b*) del artículo 12 de la DPCD (y que en su día ya recogiera el artículo 26.II de la LCD).

Por último, el artículo 13 de la DPCD impone la necesidad de tipificar las prácticas comerciales desleales de los empresarios en su relación con los consumidores como ilícitos de naturaleza administrativa. Ésta es una solución que se conoce actualmente en nuestro ordenamiento sólo de forma parcial y, especialmente, en materia de publicidad engañosa (art. 8.3 LGDCU), de publicidad comparativa (art. 6 bis.4 LGP) y de publicidad ilícita en sentido estricto (art. 8.6 LGP). De ahí que lo más oportuno parezca en este caso extender esta aproximación al conjunto de prácticas comerciales desleales contra los consumidores introduciendo a tal efecto una norma de estructura similar al artículo 6 bis.4 de la LGP, que haga de estas prácticas una infracción a los efectos de los artículos 32 y siguientes de la LGDCU.

---

#### 4.4 LA REFORMA DE LA LGP: DEROGACIÓN DE DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LGP

---

La conformidad con la DPCP, que no establece diferencia en el tratamiento de las distintas prácticas comerciales desleales (y, en particular, separar el régimen de la publicidad respecto del régimen de las demás prácticas comerciales), la unidad del fundamento político legislativo de la represión de la competencia desleal y unas elementales exigencias de la seguridad jurídica no sólo aconsejan, sino que de hecho requieren que se deroguen los preceptos de la LGP<sup>74</sup> que tratan como supuestos de publicidad ilícita en sentido amplio la publicidad engañosa (arts. 3.*b*) y 4 LGP), la publicidad desleal, incluida la publicidad comparativa (artículos 3.*c*), 6 y 6bis LGP) e incluso la publicidad subliminal, que es una modalidad de publicidad engañosa y, en particular, según la DPEC una práctica comercial engañosa por omisión (arts. 3.*d*) y 7 LGP).

---

#### 4.5 LA REFORMA DE LA LOCM

---

Dentro de las normas que para la transposición de la DPCD sería preciso reformar se encuentran aquellas disposiciones de la LOCM que establecen una regulación diversa o más estricta de las prácticas comerciales de las empresas en su relación con los consumidores que perjudican el interés económico de estos últimos. El tratamiento de estas materias ha de encontrar su sede en la LCD, en los preceptos dedicados a los actos de engaño y a las prácticas agresivas.

En particular, debe derogarse la prohibición de ventas «en cadena o piramidales» contenida en el artículo 23 de la LOCM. Este sistema de venta ofrece al consumidor el suministro gratuito o a precio reducido de mercancías o servicios si consigue atraer a un determinado número de consumidores. Esta práctica comercial se configura como un acto de engaño o de presión psicológica que explota el ánimo de lucro de personas

---

<sup>74</sup> Véase la argumentación expuesta supra § 4.4.

con escasos ingresos económicos o inexpertas. La prohibición en el artículo 23 LOCM se separa de la prevista en el apartado 14 del Anexo de la DPCD —que introduce una prohibición más amplia de cualquier plan de venta piramidal ofertado al consumidor.

Además, la derogación del contenido del artículo 23 LOCM debería aprovecharse para derogar, o al menos reformar, el artículo 22 de la LOCM, que introduce injustificadamente (debido al apresuramiento de la redacción de la norma en el Senado) la prohibición de la venta multinivel (art. 22.2 LOCM). Esta prohibición resulta, a todas luces, excesiva y arranca de un presupuesto político-legislativo erróneo. En efecto, la norma tal y como está redactada prohíbe tanto las ventas multinivel que perjudican al consumidor (especialmente, la venta en cadena) como otras formas de distribución empresarial plausibles y que deben considerarse plenamente lícitas.

La flamante regulación de las prácticas comerciales agresivas que la transposición de la DPCD incorporará al derecho español implica también la necesaria derogación del artículo 42 de la LOCM. Esta norma prohíbe los envíos no solicitados de mercancías cuando incluyan una petición de pago. Como en otras ocasiones, la previsión de la DPCD, que se realiza en este caso en el apartado 29 del Anexo I, resulta diferente de la que figura en el artículo 42 LOCM. En efecto, a diferencia del apartado 29, el artículo 42 LOCM no prohíbe la exigencia de pago, devolución o custodia de los envíos no solicitados, sino el envío mismo<sup>75</sup>. Aunque la presión psicológica que el envío no solicitado cause en el consumidor pueda constituir una práctica comercial agresiva (en el sentido del artículo 8 de la DPCD), es claro que las exigencias o restricciones que sobre el particular incorpora el artículo 42 de la LOCM van más allá de lo que la DPCD establece y, por ende, han de ser derogados,

También es discutible si ha de procederse a la reforma del artículo 32 de la LOCM (ventas con obsequios). Como es sabido, este precepto se encuentra emparentado con el artículo 8 de la LCD, cuyo contenido deberá ser suprimido. El artículo 32.3 de la LOCM introduce una norma que se solapa con lo previsto en la DPCD, parece necesaria su supresión, ya que se trata de una previsión respecto de las ventas con obsequios y los sweepstakes, que introduce condiciones o restricciones distintas de las previstas en la DPDC (que incluye en los apartados 19 y 31 dos previsiones mucho más concretas sobre el particular).

Finalmente, y en atención a las explicaciones tradicionalmente ofrecidas acerca del fundamento de las prohibiciones y limitaciones que resultan de los artículos 14 y 35 LOCM y en especial de aquellas explicaciones que sitúan su fundamento y objetivos de política legislativa en el ámbito de la prevención y represión del engaño a los consumidores, debe abrirse un debate en torno a la procedencia de la derogación de estos dos preceptos.

En todo caso, ha de advertirse que estas normas no quedan amparadas por la disposición transitoria o disposición *standstill* que contiene el artículo 3 de la DPCD para las normas más estrictas establecidas actualmente en la legislación de los Estados miembros por comparación con la dispuesta en la propia DPCD. En efecto, ninguna

<sup>75</sup> Idéntica es la previsión en alguna norma autonómica, que prohíbe las «ventas por inercia», (arts. 24 y 56.k) de la Ley 9/1989 de las Cortes de Aragón, de 5 de octubre, de Ordenación Comercial): El artículo 24 de la indicada norma dictamina «En ningún caso serán admisibles las modalidades de venta consistentes en la remisión al comprador de bienes u ofertas de servicios con el fin de provocar su tácito consentimiento, de forma que si no desea su adquisición se vea obligado a devolverlos al vendedor».

de estas normas, a salvo del artículo 42 de la LOCM<sup>76</sup>, cuenta con el amparo de una directiva de mínimos exigido para que puedan permanecer en el ordenamiento jurídico interno durante el plazo de cinco años que allí se menciona.

---

#### 4.6 CONSIDERACIONES RESPECTO DE OTRAS NORMAS AFECTADAS

---

Por otra parte, en rigor, no parece preciso reformar la norma de la LGDCU que tipifica la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios como fraude administrativo (art. 8.3 LGDCU), puesto que se trata de una medida o sanción contra el engaño compatible con las reclamadas por los artículos 11 y 13 de la DPCD. Evidentemente, la interpretación de qué se entienda por engaño exige acudir a la nueva regulación derivada de la DPCD. Con todo, y en la medida en que se propone que los actos de competencia desleal contra los consumidores tengan la condición de ilícitos en materia de consumo, el mantenimiento del artículo 8.3 de la LGCU es superfluo y resulta aconsejable su derogación.

Por otro lado, también deben derogarse aquéllas prohibiciones introducidas en normas autonómicas, que agravan más allá de la DPCD el régimen de la actividad publicitaria y de promoción de ventas que pueda perjudicar los intereses económicos del consumidor. Así, por ejemplo, la imposición de plazos y condiciones arbitrarias para evitar el engaño en la publicidad de la liquidación exceden de los parámetros de armonización que la DPCD establece y, por ende, deben ser derogados<sup>77</sup>. Otro tanto, cabe decir de aquélla regulación autonómica de la venta por correspondencia como señuelo, de la que es paradigma la regulación catalana (art. 35 de la Ley 23/1991 del Parlamento de Cataluña, de 29 de noviembre, que regula el comercio interior), en la medida que introduzca restricciones adicionales a lo previsto en la DPCD.

Finalmente, como se ha apuntado, la DPCD contempla la posibilidad de que los Estados miembros que reconozcan valor y eficacia a los Códigos de conducta (artículo 10 de la DPCD). Son varias las normas autonómicas aluden a los Códigos de buenas prácticas, y que encargan a las autoridades promuevan su elaboración, regulando el procedimiento a seguir<sup>78</sup>, con lo que no parece necesario introducir ninguna previsión al respecto en la normativa estatal.

---

#### 5. REFERENCIAS

---

Hugh COLLINS (2005), «The Unfair Commercial Practices Directive», *European Review of Contract Law*, 1/4, diciembre, 417-441

---

<sup>76</sup> Vid. la cláusula «de mínimos» establecida en el artículo 14 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

<sup>77</sup> Así artículo 29.b) de la Ley Valenciana y 38.1 de la Ley 23/1991 del Parlamento de Cataluña (plazos) y artículo 61.2 de la LOC Andalucía que obliga a separar en el establecimiento los productos en liquidación de los que no lo están para evitar la inducción a error en el consumidor.

<sup>78</sup> Artículo 26 Ley 3/2003 Canaria; artículo 57 de la Ley 13/2003 Andalucía.

- Hugh COLLINS (dir.) (2004), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer, Nueva York.
- Department of Trade and Industry (2005A), *An Analysis of the application and scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, prepared by Dr. Christian Twigg-Flesner, Deborah Parry, professor Geraint Howells, Annette nordhausen, professor Hans-W. Micklitz, professor Jules Stuyck, professor Thomas Wilhelmsson, 18 de mayo (disponible en <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultations.htm>, visitada el 15.03.06).
- Department of Trade and Industry (2005B), *The Unfair Commercial Practices (UCP) Directive. Consultation on implementing the EU Directive on Unfair Commercial Practices and Amending Existing Consumer Legislation*, Diciembre de 2005 (disponible en <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultations.htm>, visitada el 15.03.06).
- Department of Trade and Industry (2005C), *Report of DTI workshop on the effectiveness of criminal sanctions following transposition of the Unfair Commercial Practices (UCP) Directive*, Junio de 2005, (disponible en <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultations.htm>, visitada el 31.03.06).
- Carlos FERNÁNDEZ NOVOA (2006), «La Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley* núm. 6408/2006, 1-12.
- Fernando GÓMEZ POMAR (2006), «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economic Perspective», *Indret* 330 (disponible en [http://www.indret.com/pdf/330\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/330_en.pdf), visitada el 15.03.06).
- Luís GONZÁLEZ VAQUÉ (2005A), «La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 4 785-802.
- Luís GONZÁLEZ VAQUÉ (2005B), «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)», *Derecho de los negocios*, vol. 16, núm. 181, 5-18.
- Gill GRASSIE (2006), «EU Directive on unfair commercial practices—a UK perspectiva», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2006/1, 107-112.
- Oscar LÓPEZ SANTOS (2006), «La directiva sobre prácticas comerciales desleales. Antecedentes, descripción y comentario crítico», *Autocontrol*, núm. 104, enero, 3-19.
- Francisco MARCOS (2006), «Regulación del comercio minorista en las Comunidades Autónomas», *Economistas* 107 (febrero) 79-91.
- José MASSAGUER (2006), *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Civitas, Madrid.
- Office of Fair Trading (2006), *Implementing the EU Directive on Unfair Commercial Practices and Amending Existing Consumer Legislation. A consultation response by the Office of Fair Trading*, marzo (disponible en <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/CA6F0469-4A1F-4C53-A844-CD5894B59672/0/oft839.pdf> consultada el 31.03.06).

## 6. LISTA INDICATIVA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL DIRECTAMENTE AFECTADA POR LA TRANSPOSICIÓN DE LA DPCD

- Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991 de Competencia Desleal (LCD).
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP).
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).
- Ley 26/1989, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECiv).

## 7. TABLA I. CORRELACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA DPCD DE NECESARIA TRANSPOSICIÓN<sup>79</sup>

DPCD	Concepto	Reforma Necesaria?	Preceptos afectados o nuevos preceptos	Otras medidas aconsejables
Art. 3	Ámbito objetivo: prácticas comerciales desleales	NO	Art. 2 LCD	
	Ámbito subjetivo: empresas y comerciante	NO	Art.3 LCD	
Art. 5	Prohibición general de prácticas comerciales desleales	SÍ	Nuevo art. 5 LCD	
Art. 6	Acciones engañosas	SÍ	Nuevo art.7 LCD	Derog. arts. 4 y 5LGP
		NO	Art.6 LCD	
		SÍ	Art.11.2 LCD	Sustitución de riesgo de asociación por riesgo de confusión
		NO	Art. 10 LCD	Conveniencia de introducir en art. 10LCD el art. 3bis de la DPEC con redacción dada por art. 14 DPCD
		SÍ	Derog. art. 8 LCD	
		SÍ	Derog. art. 17.2.a) LCD	Conveniencia de debate sobre fundamento y objetivos de política legislativa del art. 14 LOCM y sobre posibilidad de mantener su prohibición
Art. 7	Omisiones engañosas	SÍ	Derog. art. 8.3 LGDCU	Derog arts. 4, 5 y 7 LGP
		SÍ	Derog. art. 35 LOCM	

<sup>79</sup> Se excluyen aquellas que no establecen obligaciones en sentido estricto para el Reino de España (i.e., se excluyen aquellas disposiciones que facultan a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas, sin imponer una obligación), véase –a continuación– Tabla II.

DPCD	Concepto	Reforma Necesaria?	Preceptos afectados o nuevos preceptos	Otras medidas aconsejables
Arts. 8 y 9	Prácticas comerciales agresivas	Sí	Nuevo art. Art. 8 LCD	
Art. 11.1	Medidas o procedimientos de ejecución	NO	Art 18 LDC y Art. 63.1 LOCM	
Art. 11.3	Imparcialidad organismos administrativos sancionadores	Sí	Nuevo apartado art. 63 LOCM	
Art. 11.2.a)	Acción de cesación	NO	Art. 18.2. <sup>a</sup> LCD	
Art. 11.2.b)	Acción de prohibición	NO	Art. 18.2. <sup>a</sup> LCD	
Art. 11.1 II	Legitimación activa	NO	Art. 19 LCD	
Art. 11.1 IV	Legitimación pasiva	NO	Art. 20 LCD	
Art. 11.2.II	Procedimiento	NO		
Art. 12. a)	Inversión carga de prueba	Sí	Art. 217.4 LECiv	
Art.12. b)	Regla de valoración de prueba	Sí	Art. 217.4 LECiv	Eliminación de referencia alternativa a procedimientos de CD y de publicidad ilícita
Art. 13	Sanciones	Sí	Nuevo art. LCD	Ilícitud administrativa de las prácticas comerciales desleales ex arts. 32 LGDCU
Arts. 1 y 3.1 Carácter de máximos de la DPCD	Ventas multinivel	Sí	Derog. Art. 22 LOCM	Defecto técnico, prohibición venta piramidal o en cadena ya en art. 23 LOCM
Arts. 1 y 3.1 Carácter de máximos de la DPCD	Ventas en cadena	Sí	Derog. Art. 23 LOCM	
Arts. 1 y 3.1 Carácter de máximos de la DPCD	Ventas con obsequio	Sí	Derog. Art. 32 LOCM	
Arts. 1 y 3.1 Carácter de máximos de la DPCD	Envíos no solicitados	Sí	Derog. Art. 42	

## 8. TABLA II. OTRAS DISPOSICIONES QUE LA DPCD FACULTA A ADOPTAR

DPCD	Concepto	Preceptos afectados o nuevos preceptos	Contenido
Art. 10	Códigos de conducta	Nuevo art. LCD	
Art. 11	Legitimación pasiva	Art. 20 LCD	Mención expresa de legitimación pasiva colectiva y de responsables de un código ex 11.1.IV.b)
Art. 11	Legitimación activa	Nuevo art. 19.b) LCD	Legitimación activa de la Administración